

I

1

المولى الكر[illegible]

رحمه الله تعالى

Süleymaniye U. Kütüphanesi
Hasan Hüsnü Pş.
Eski kayıt No. 410

١

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في اربعة مواضع في بيان صفة النكاح وفي بيان ركن النكاح وفي
بيان شرائط الركن وفي بيان حكم النكاح اما الاول فنقول لا خلاف في ان النكاح فرض في
حالة التوقان حتى ان من تاقت نفسه الى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر
والنفقة فلم يتزوج يأثم واختلف فيما اذا لم تتق نفسه الى النساء على التفسير الذي ذكرنا قال نفاة
القياس مثل داود بن علي الاصفهاني وغيره من اصحاب الظواهر انه فرض عين بمنزلة الصوم والصلاة
ونحوهما من فروض الاعيان حتى ان من تركه مع القدرة على المهر والنفقة والوطء يأثم وقال الشافعي
انه مباح كالبيع والشراء واختلف اصحابنا فيه قال بعضهم انه مندوب ومستحب واليه ذهب
الكرخي من اصحابنا وقال بعضهم انه فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين بمنزلة الجهاد وصلاة
الجنازة وقال بعضهم انه واجب ثم القائلون بالوجوب اختلفوا في كيفية الوجوب قال بعضهم انه
واجب على سبيل الكفاية كرد السلام وقال بعضهم انه واجب عينا لكن عملا لا اعتقادا
على طريق التعيين كصدقة الفطر والوتر والاضحية احتج اصحاب الظواهر بظواهر النصوص
من نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم
وامائكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن وقوله
تناكحوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة امر الله تعالى بالنكاح مطلقا والامر المطلق للفرضية والوجوب
قطعا الا ان يقوم الدليل بخلافه ولان الامتناع من الزنا واجب ولا يتوصل اليه الا به يكون واجبا ضرورة
واحتج الشافعي بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم اخبر عن احلال النكاح
والمحلل والمباح من الاسماء المترادفة ولانه قال واحل لكم ولفظة لكم تستعمل في المباحات ولان النكاح
سبب يتوصل به الى قضاء الشهوة فيكون مباحا كشراء الجارية للتسري بها وهذا لان قضاء
الشهوة ايصال النفع الى نفسه وليس يجب على الانسان ايصال النفع الى نفسه بل هو مباح في الاصل
كالاكل والشرب واذا كان مباحا لا يكون واجبا لما بينهما من التنافي والدليل على ان النكاح ليس بواجب
قوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين وهذا خرج مخرج المدح ليحيى صلوات الله عليه بكونه
حصورا والحصور الذي لا يأتي النساء مع القدرة ولو كان واجبا لما استحق المدح بتركه لان ترك الواجب
لان يذم عليه اولى من ان يمدح واحتج من قال من اصحابنا انه مندوب اليه ومستحب بما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فليصم
فان الصوم له وجاء اقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب فدل على ان النكاح ليس بواجب ايضا
لان غير الواجب لا يقوم مقام الواجب ولان من الصحابة رضي الله عنهم من لم يكن له زوجة ورسول الله
صلى الله عليه وسلم علم منه بذلك ولم ينكر عليه فدل انه ليس بواجب ومن قال منهم انه فرض او
واجب على سبيل الكفاية احتج بالاوامر الواردة في باب النكاح والامر المطلق للفرضية والوجوب
قطعا والنكاح لا يحتمل ذلك على سبيل التعيين لان كل واحد من آحاد الناس لو تركه لا يأثم فيحمل على الفرضية
والوجوب على سبيل الكفاية فاشبه الجهاد وصلاة الجنازة ورد السلام ومن قال منهم انه واجب

[هامش: بعضهم صح]
[هامش: الى الايامى النكاح ... لا يتوصل]
[هامش: الكفاية]



عينا

عينا لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين يقول صيغة الامر المطلقة عن القرينة تحتمل الفرضية
وتحتمل الندب والامر دعاء وطلب ومعنى الدعاء والطلب موجود في كل واحد منهما فيؤتى بالفعل لا محالة
وهو تفسير وجوب العمل ولا نعتقد على الابهام ان ما اراد الله تعالى بالصيغة من الوجوب القطعي والندب
فهو حق لانه ان كان واجبا عند الله تعالى يخرج عن العهدة بالفعل فيأمن الضرر وان كان مندوبا يحصل
له الثواب فكان القول بالوجوب على هذا الوجه اخذا بالثقة والاحتياط واحترازا عن الضرر بالقدر
الممكن فانه واجب عقلا وشرعا وعلى هذا الاصل بنى اصحابنا من قال منهم ان النكاح فرض او واجب فانه
يفضله على التخلي للنوافل لان الاشتغال به مع اداء الفرائض والسنن اولى من التخلي لنوافل العبادة مع ترك
النكاح وهو قول اصحاب الظواهر لان الاشتغال بالفرض والواجب كيف ما كان اولى من الاشتغال
بالتطوع ومن قال منهم انه مندوب ومستحب فانه يرجحه على النوافل من وجوه احدها
انه سنة قال النبي صلى الله عليه وسلم النكاح سنتي والسنن مقدمة على النوافل بالاجماع ولانه
اوعد على ترك السنة بقوله من رغب عن سنتي فليس مني ولا وعيد على ترك النوافل والثاني انه
فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وواظب عليه اي داوم وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد
عليه حتى تزوج عددا مما ابيح له من النساء ولو كان التخلي للنوافل افضل لما فعل لان الانبياء صلوات
الله عليهم لا يتركون الافضل فيما له حد معلوم واذا ثبتت الافضلية في حق النبي صلى الله عليه وسلم
ثبتت في حق الامة لان الاصل في الشرائع هو العموم والخصوص بدليل والثالث انه سبب يتوصل
به الى مقصود هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والكسوة
واللباس وسبب لحصول الولد الموحد وكل واحد من هذه المقاصد مفضل على النوافل
فكذا السبب الموصل اليه كالجهاد والقضاء وعند الشافعي التخلي للنوافل اولى وتخرج المسألة
على اصل ظاهر لان النوافل مندوب اليها فكانت مقدمة على النكاح المباح وما ذكر من دلائل الآيات
والحل فنحن نقول بموجبها ان النكاح مباح وحلال في نفسه لكنه واجب لغيره او مندوب ومستحب
لغيره من حيث انه صيانة النفس عن الزنا ونحو ذلك على ما بينا ويجوز ان يكون الفعل الواحد
حلالا لجهة واجبا او مندوبا اليه بجهة اخرى اذ لا تنافي عند اختلاف الجهتين واما قوله تعالى
وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين فاحتمل ان التخلي للنوافل كان افضل من النكاح في شريعته ثم نسخ
ذلك في شريعتنا بما ذكرنا من الدلائل والله اعلم

فصل

واما ركن النكاح فهو
الايجاب والقبول وذلك بالفاظ مخصوصة او ما يقوم مقام اللفظ فيقع الكلام في هذا الفصل
في اربعة مواضع احدها في بيان اللفظ الذي ينعقد النكاح به والثاني في بيان صيغة ذلك
اللفظ والثالث في بيان النكاح هل ينعقد بعاقد واحد او لا ينعقد الا بعاقدين والرابع في
بيان صفة الايجاب والقبول اما بيان اللفظ الذي ينعقد النكاح به فنقول وبالله التوفيق لا
خلاف في ان النكاح ينعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهل ينعقد بلفظ البيع والهبة والصدقة
والتمليك قال اصحابنا رحمهم الله ينعقد وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظة الانكاح والتزويج واحتج بما
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان اخذتموهن بامانة الله

[هامش: واجب شرعا وعقلا]
[هامش: الظاهرة صح]
[هامش: لان ترك الافضل فيما له حد معلوم ... منهم صح]
[هامش: لصيانة النفس عن الفاحشة وسبب صح]
[هامش: لعجزها عن الكسب صح]
[هامش: بحروفه صح]
[هامش: بحروفه صح]

واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمته التي احل الفروج بها في كتابه لفظة الانكاح والتزويج فقط
قال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم وقال زوجناكها ولان الحكم الاصلي للنكاح هو الازدواج والملك يثبت
وسيلة اليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج وهو لفظ التزويج والانكاح ولنا
انه انعقد نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة فينعقد به نكاح امته ودلالة الوصف
قوله تعالى وامراة مومنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها معطوفا على قوله يا ايها النبي
انا احللنا لك ازواجك اخبر ان المراة المومنة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم عند استنكاحه
اياها حلال له وما كان مشروعا في حق النبي صلى الله عليه وسلم يكون مشروعا في حق امته هو الاصل
حتى يقوم دليل الخصوص فان قيل قد قام دليل الخصوص هاهنا وهو قوله تعالى خالصة لك من
دون المومنين فالجواب ان المراد منه خالصة لك من دون المومنين بغير اجر فالخلوص يرجع
الى الاجر لا الى لفظ الهبة لوجوه احدها ما ذكر عقيبه وهو قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في
ازواجهم فدل ان خلوص تلك المراة له كان بالنكاح بلا فرض منه والثاني انه قال لكيلا يكون عليك حرج وكان
الله غفورا رحيما ومعلوم انه لا حرج كان يلحقه في نفس العبارة وانما الحرج في اعطاء البدل
والثالث انه خرج هذا مخرج الامتنان عليه ولا منة في لفظة الهبة فدل ان المنة فيما صار
له بلا مهر فانصرف الخلوص اليه ولان الانعقاد بلفظة الانكاح والتزويج لكونه لفظا موضوعا
لحكم اصل النكاح شرعا وهو الازدواج باللفظ ويثبت الملك الذي يلازمه شرعا ولفظ
التمليك موضوع لحكم اخر اصلي للنكاح وهو الملك وانه غير مشروع في النكاح بدون الازدواج واذا
اتى به وجب ان يثبت الملك ويثبت الازدواج الذي يلازمه شرعا اسدلالا لاحد اللفظين بالاخر
وهذا لانهما حكمان متلازمان لا يشرع احدهما بدون الاخر فاذا ثبت احدهما ثبت الاخر
ضرورة ويكون الرضا باحدهما رضا بالاخر واما الحديث فنقول موجبه لكن لم قلتم ان استحلال
الفروج بهذه الالفاظ استحلال بغير كلمة الله فيرجع الكلام الى تفسير الكلمة المذكورة فنقول
كلمة الله تحتمل حكم الله كقوله تعالى ولولا كلمة سبقت من ربك فلم قلتم بان جواز النكاح بهذه
الالفاظ ليس حكم الله تعالى والدليل على ان حكم الله تعالى ما ذكرنا من الدليل مع ما ان كل لفظ
جعل علما على حكم شرعي فهو كلمة الله تعالى واضافة الكلمة الى الله تعالى باعتبار ان
الشارع هو الله تعالى وهو جاعل اللفظ سببا لثبوت هذا الحكم شرعا فكان كلمة الله تعالى من
هذا الوجه على ان الاستحلال بكلمة الله تعالى لا ينفي الاستحلال بغير كلمة الله تعالى فكان
مسكوتا عنه فلا يصح الاحتجاج به ولا ينعقد النكاح بلفظ عند عامة مشايخنا والاصل
عندهم ان النكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع لتمليك العين هكذا روى ابن رستم عن محمد رحمه
الله انه قال كل لفظ يكون في الامة تمليكا للرقبة يكون في الحرة نكاحا وحكي عن الكرخي انه
ينعقد بلفظ الاجارة لقوله تعالى فآتوهن اجورهن سمى الله تعالى المهر اجرا ولا اجر الا باجارة
فلو لم تكن الاجارة نكاحا لم يكن المهر اجرا وجه قول العامة ان الاجارة عقد
موقت بدليل ان التابيد يبطلها والنكاح عقد مويد بدليل ان التوقيت يبطله ولان الاجارة

تمليك المنفعة ومنافع البضع في حكم الاجزاء والاعيان فكيف يثبت ملك العين بتمليك المنفعة
ولا ينعقد بلفظ الاعارة لان الاعارة ان كانت اباحة المنفعة فالنكاح لا ينعقد بلفظ الاباحة
لانعدام معنى التمليك اصلا وان كانت تمليك المنفعة فالنكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع
لتمليك الرقبة ولم يوجد واختلف المشايخ في لفظ القرض قال بعضهم لا ينعقد لانه في معنى الاعارة وقال
بعضهم ينعقد لانه يثبت به الملك في العين لان المستقرض يصير ملكا للمستقرض وكذلك
اختلفوا في لفظ السلم لا ينعقد لان السلم في الحيوان لا يصح وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به
ملك الرقبة والسلم في الحيوان منعقد عندنا حتى لو اتصل به القبض يفيد الملك ملكا فاسدا
لكن ليس كل ما يفسد البيع يفسد النكاح واختلفوا ايضا في لفظ الصرف قال بعضهم لا ينعقد
به لانه وضع لاثبات الملك في الدراهم والدنانير التي لا تتعين بالتعيين والمعقود عليه هاهنا
يتعين بالتعيين وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به ملك العين في الجملة واما لفظ
الوصية فلا ينعقد به عند عامة مشايخنا لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت
والنكاح المضاف الى زمان في المستقبل لا يصح وحكي عن الطحاوي انه ينعقد لانه يثبت به ملك
الرقبة في الجملة وحكى ابو عبد الله البصري عن الكرخي انه قال ان قيد الوصية بالحال بان قال
اوصيت لك بابنتي هذه الان ينعقد لانه اذا قيد بالحال صار مجازا عن التمليك ولا ينعقد
بلفظ الاحلال والاباحة لانه لا يدل على الملك اصلا الا ترى ان المباح له الطعام يتناوله على حكم
ملك المبيح حتى كان له حق الحجر والمنع ولا ينعقد بلفظ المتعة لانه لم يوضع للتمليك ولان
المتعة عقد منسوخ لما نبين في موضعه ان شاء الله تعالى ولو اضاف الهبة الى الامة بان قال
لرجل وهبت امتي هذه منك فان كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر
معجلا ومؤجلا ونحو ذلك ينصرف الى النكاح بقرينة النية وان لم ينو ينصرف الى ملك
الرقبة والله اعلم ثم النكاح كما ينعقد بهذه الالفاظ بطريق الاصالة ينعقد بها بطريق
النيابة بالوكالة والرسالة لان تصرف الوكيل كتصرف الموكل وكلام الرسول كلام المرسل
والاصل في جواز النكاح ما روي ان النجاشي زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ام حبيبة رضي الله
عنها فلا يخلو اما ان فعل ذلك بامر النبي صلى الله عليه وسلم او لا بامره فان فعل بامره فهو وكيله
وان فعل بغير امره فقد اجاز النبي صلى الله عليه وسلم عقده والاجازة اللاحقة كالوكالة
السابقة ثم النكاح بالعبارة ينعقد بالاشارة من الاخرس اذا كانت له اشارة معلومة وينعقد
بالكتابة لان الكتاب من الغايب خطاب والله اعلم واما بيان صيغة اللفظ الذي ينعقد
النكاح به فنقول لا خلاف في ان النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي كقوله
زوجت وتزوجت وما يجري مجراه واما بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل
كما اذا قال رجل لرجل زوجني بنتك او قال جئتك خاطبا بنتك او قال جئتك لتزوجني بنتك فقال
الاب قد زوجتك او قال لامراة ازوجك على الف درهم فقالت قد تزوجتك على ذلك او قال لها
تزوجيني او انكحيني نفسك فقالت زوجت او انكحت ينعقد استحسانا والقياس ان لا ينعقد لان

لفظ الاستقبال عين والامر من فروع الاستقبال فلم يوجد الايجاب الا انهم تركوا القياس بما روي
ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
امرني ان اخطب اليكم لما خطبت فقالوا له املكت ولم ينقل ان بلالا رضي الله عنه اعاد القبول
ولو فعل لنقل ولان الظاهر انه اراد به الايجاب لان المساومة لا تتحقق في النكاح عادة فكان محمولا على
الايجاب بخلاف البيع فان السوم معتاد فيه فيحتمل اللفظ فلا بد من لفظ اخر ينادي به الايجاب
والله الموفق واما بيان النكاح هل ينعقد بعاقد واحد او لا ينعقد الا بعاقدين فقد اختلف
في هذا الفصل قال اصحابنا رحمهم الله ينعقد بعاقد واحد اذا كانت له ولاية من الجانبين سواء كانت
ولايته اصلية كالولاية الثابتة بالملك والقرابة او دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة بان
كان العاقد مالكا من الجانبين كالمولى اذا زوج امته من عبده او كان وليا من الجانبين كالجد اذا
زوج بنت ابنه الصغيرة من ابن ابنه الصغير والاخ اذا زوج بنت اخيه الصغيرة من
ابن اخيه الصغير او كان اصيلا ووليا كابن العم زوج ابنة عمه من نفسه او كان وكيلا من الجانبين
او رسولا من الجانبين او كان وكيلا من جانب او وكلت امراة رجلا ليزوجها من نفسه او وكل
رجل امراة لتزوج نفسها منه وهذا مذهب اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد النكاح بعاقد
واحد اصلا وقال الشافعي لا ينعقد الا اذا كان وليا من الجانبين ولقب المسئلة ان الواحد هل
يجوز ان يقوم بالنكاح من الجانبين ام لا وجه قول زفر والشافعي ان ركن النكاح اسم لشطرين
مختلفين وهو الايجاب والقبول فلا يقومان الا بعاقدين كشطري البيع الا ان الشافعي يقول في
الولي ضرورة لان النكاح لا ينعقد الا بولي فاذا كان الولي متعينا فلو لم يجز نكاح المولية لامتنع
نكاحها اصلا وهذا لا يجوز وهذه الضرورة منعدمة في الوكيل ونحوه ولنا قوله تعالى
ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن
ما كتب لهن وترغبون ان تنكحوهن قيل نزلت الاية في يتيمة في حجر وليها وهي ذات مال
ووجه الاستدلال بالاية ان قوله تعالى لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون ان تنكحوهن خرج مخرج
العتاب فيدل على ان الولي يقوم بنكاح وليته وحده اذ لو لم يقم به وحده لم يكن للعتاب معنى
لما فيه من الحاق العتاب بامر لا يتحقق وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم امر بالانكاح مطلقا من غير
فصل بين الانكاح من غيره او من نفسه ولان الوكيل في باب النكاح ليس بعاقد بل هو سفير عن
العاقد ومعبر عنه بدليل ان حقوق العقد لا ترجع الى الوكيل بل الى الموكل فاذا كان الوكيل معبرا عنه
وله ولاية على الزوجين كانت عبارته كعبارة الموكل فصار كلامه كلام شخصين فيصير ايجابه
كلاما للمراة كانها قالت زوجت نفسي من فلان وقبوله كلاما للزوج كانه قال قبلت فيقوم العقد
باثنين حكما والثابت حكما ملحق بالثابت حقيقة واما البيع فالواحد فيه اذا كان وليا يقوم بطرفي
العقد كالاب يشتري مال الصغير او يشتري له الا انه اذا كان وكيلا لا يقوم بهما لان حقوق العقد
مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام شخصين ولان حقوق البيع اذا كانت مقتصرة على
العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام شخصين وللبيع احكام متضادة من التسليم والقبض فلو تولى طرفي

وليا من جانب

لنفسه او بيع مال نفسه من الصغير او بيع مال ابنه الصغير من ابنه الصغير صح والمطالبة ايضا

العقد لصار الشخص الواحد مطالبا ومطالبا ومسلما ومتسلما وهذا ممتنع والله اعلم واما
صفة الايجاب والقبول فهو ان لا يكون احدهما لازما قبل وجود الاخر حتى لو وجد الايجاب من احد
العاقدين كان له ان يرجع قبل قبول الاخر كما في البيع لان ما جميعا ركن واحد فكان احدهما بعض
الركن والمركب عن شيئين لا وجود له باحدهما **فصل** واما شرايط الركن فانواع بعضها
شرط الانعقاد وبعضها شرط الجواز والنفاذ وبعضها شرط اللزوم اما شرط الانعقاد فنوعان
نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى مكان العقد اما الذي يرجع الى العاقد فالعقل فلا ينعقد
نكاح المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرايط اهلية التصرف واما البلوغ فشرط
النفاذ عندنا لا شرط الانعقاد على ما نذكر واما تعدد العاقد فليس بشرط لانعقاد النكاح خلافا
لزفر على ما مر **فصل** واما الذي يرجع الى مكان العقد فهو اتحاد المجلس اذا كان
العاقدان حاضرين وهو ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح
بان كانا حاضرين فاوجب احدهما وقام الاخر عن المجلس قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس
لا ينعقد لان الانعقاد عبارة عن ارتباط احد الشطرين بالاخر فكان القياس وجودهما في زمان واحد
الا ان اعتبار ذلك يؤدي الى سد باب العقود فجعل المجلس جامعا للشطرين حكما مع تفرقهما حقيقة
للضرورة والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس فاذا اختلف تفرق الشطران حقيقة وحكما فلا
ينتظم الركن واما الفور فليس من شرايط الانعقاد عندنا وعند الشافعي هو شرط
والمسئلة مرت في كتاب البيوع وعلى هذا يخرج ما اذا تناكحا وهما يمشيان او يسيران على الدابة
وهو على التفصيل الذي ذكرنا في كتاب البيوع وذكرنا الفرق هناك بين المشي والسير على الدابة
وبين جريان السفينة هذا اذا كان العاقدان حاضرين فاما اذا كان احدهما غايبا لم ينعقد
حتى لو قالت امراة بحضرة شاهدين زوجت نفسي من فلان وهو غايب فبلغه الخبر فقال قبلت
او قال رجل بحضرة شاهدين تزوجت فلانة وهي غايبة فبلغها الخبر فقالت زوجت نفسي منه
لم يجز وان كان القبول بحضرة ذلك الشاهدين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينعقد
ويتوقف على اجازة الغايب وجه قول ابي يوسف ان كلام الواحد يصلح ان يكون عقدا
في باب النكاح لان الواحد في هذا الباب يقوم بالعقد من الجانبين كما لو كان مالكا من الجانبين
او وليا او وكيلا فكان كلامه عقدا لا شطرا فكان محتملا للتوقف كما في الخلع والطلاق والعتق
على مال وجه قولهما ان هذا شطر العقد حقيقة لا كله لانه لا يملك كله لانعدام الولاية
وشطر العقد لا يقف على غايب عن المجلس كالبيع وهذا على الجانبين فيصير كلامه بمنزلة كلامين
وشخصه كشخصين حكما فاذا انعدمت الولاية ولا ضرورة الى تغيير الحقيقة فلا يقف
بخلاف الخلع لانه من جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المراة وانه يمين فكان عقدا تاما
ومن جانب المراة معاوضة فلا يحتمل التوقف كالبيع وكذلك الطلاق والاعتاق على مال ولو ارسل اليها
رسولا او كتب اليها بذلك كتابا فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول او قراءة الكتاب جاز
ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى لان كلام الرسول كلام المرسل لانه ينقل كلام المرسل وكذلك

لان الشطر لا يحتمل التوقف حقيقة لان التوقف في الاصل على خلاف الحقيقة لضرورة عن الولاية صح

عبارة

الجواب بمنزلة الخطاب من الغائب وكان سماع قول ~~سماع قول~~ الرسول وقراءة الكتاب سماع قول
المرسل وكلام الغايب معني وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما وعند ابي يوسف
اذا قالت زوجت نفسي يجوز وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب بنا على ان قولها زوجت
نفسي شطر العقد عندهما والشهادة في شطري العقد شرط لانه يصير عقدا بالشطرين فاذا
لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب فلم توجد الشهادة على العقد وقول الزوج بانفراده عقد
عنده وقد حضره الشاهدان وعلى هذا الخلاف الفضولي الواحد من الجانبين بان قال زوجت
فلانة من فلان وهما غايبان لم ينعقد عندهما حتى لو بلغهما الخبر فاجازا لم يجز وعنده ينعقد
ويجوز بالاجازة ولو قال فضولي زوجت فلانة من فلان وهما غايبان فقبل فضولي آخر عن الزوج
ينعقد بلا خلاف بين اصحابنا حتى اذا بلغهما الخبر فاجازا جاز ولو فسخ الفضولي العقد قبل اجازة
من وقف العقد على اجازته صح الفسخ في قول ابي يوسف وعند محمد لا يصح وجه قول
محمد انه بالفسخ متصرف في حق غيره ودلالة ذلك ان العقد قد انعقد في حق المتعاقدين وتعلق به
حق من وقف على اجازته لان الحكم عند الاجازة يثبت بالعقد السابق فكان هو بالفسخ متصرفا
في محل تعلق به حق الغير فلا يصح فسخه بخلاف الفضولي اذا باع ثم فسخ قبل اتصال الاجازة
به انه يجوز لان الفسخ هناك يتصرف في دفع الحقوق عن نفسه لان عند الاجازة تتعلق حقوق العقد
بالوكيل فكان هو بالفسخ دافعا الحقوق عن نفسه فيصح كالمالك اذا اوجب النكاح او البيع انه
يملك الرجوع قبل قبول الآخر لما قلنا كذا هذا وجه قول ابي يوسف ان العقد قبل الاجازة
غير منعقد في حق الحكم وانما انعقد في حق المتعاقدين فقط فكان الفسخ منه قبل الاجازة تصرفا
في كلام نفسه بالنقض فجاز كما في البيع **فصل** واما شرائط الجواز والنفاذ
فانواع منها ان يكون العاقد بالغا فان نكاح الصبي العاقل وان كان منعقدا على اصل اصحابنا
فهو غير نافذ بل نفاذه موقوف على اجازة وليه لان نفاذ التصرف لاشتماله على وجه المصلحة
والصبي لقلة تامله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على ذلك فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف
على اجازة وليه ولا يتوقف على بلوغه حتى لو بلغ قبل ان يجيزه الولي لا ينفذ بالبلوغ لان العقد
انعقد موقوفا على اجازة الولي ورضاه لسقوط اعتبار رضى الصبي شرعا وبالبلوغ زالت ولاية
الولي فلا ينفذ ما لم يجزه بنفسه وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الصبي اصلا بل هي باطلة
وقد ذكرنا المسلة في كتاب المأذون ومنها ان يكون حرا فلا يجوز نكاح مملوك بالغ عاقل
الا باذن سيده والاصل فيه قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر
والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان ان اذن المولى شرط جواز نكاح المملوك وفي بيان حكم
المهر في نكاح المملوك اما الاول فلا يجوز نكاح مملوك بغير اذن مولاه ولو كان عاقلا بالغا
سوا كان قنا او مدبرا او مدبرة او ام ولد او مكاتبا او مكاتبة اما القن فان كان امة فلا يجوز
نكاحها بغير اذن سيدها بلا خلاف لان منافع بضعها مملوكة لسيدها ولا يجوز التصرف في ملك
الغير بغير اذنه وكذلك المدبرة وام الولد لما قلنا وكذلك المكاتبة لانها ملك المولى رقبة وملك

الهامش: فلا يصح صح — لا يجوز من غير اذنه او اجازته وفي بيان ما يكون اجازة له وفي بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن صح

المنفعة يتبع ملك الرقبة الا انه ممتنع من الاستمتاع بها لزوال ملك اليد وفي الاستمتاع اثبات
ملك اليد ولان من الجايز انها تعجز فترد الى الرق فتعود قنة كما كانت فيتبين ان نكاحها صادف
ملك المولى فلم يصح وان كان عبدا فلا يجوز نكاحه ايضا عند عامة العلماء وقال مالك يجوز وجه
قوله ان منافع بضع العبد لا يدخل تحت ملك المولى فكان العبد فيها مبقا على اصل الحرية والمولى
اجنبي عنها فيملك النكاح كالحر بخلاف الامة لان منافع بضعها ملك المولى فمنعت من التصرف فيها
بغير اذنه ولنا ان العبد بجميع اجزايه ملك المولى لقوله تعالى ضرب لكم مثلا من انفسكم
هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركا فيما رزقناكم فانتم فيه سوا اخبر ان العبيد ليسوا بشركا
فيما رزق السادات ولا هم يسوا في ذلك ومعلوم انه ما اراد به الشركة في المنافع لاشتراكا
فيها دل انه اراد نفي حقيقة الملك ولقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شي والعبد
اسم لجميع اجزايه ولان سبب الملك اضيف الى كله فيثبت الملك في كله الا انه منع من الانتفاع
ببعض اجزايه بنفسه وهذا لا يمنع ثبوت الملك له كالامة المجوسية وغير ذلك وكذلك
المأذون في التجارة لانه عبد مملوك ولانه كان محجورا قبل الاذن بالتجارة والنكاح ليس من
التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال والدليل عليه ان المراة
اذا زوجت نفسها على عبد تنوي ان يكون العبد للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان
بدل البضع للتجارة كالبيع وكان هو بالنكاح متصرفا في حق مولاه فلا يجوز كما لا يجوز نكاح الامة
والدليل عليه قوله تعالى لا يقدر على شي ومعلوم انه ما اراد به القدرة الحقيقية لانها ثابتة له
فتعينت القدرة الشرعية وهي اذن الشرع واطلاقه فكان نفي القدرة الشرعية نفيا للاذن
والاطلاق ولا يجوز اثبات تصرف الشرع بغير اذن الشرع وكذلك المدبر لانه عبد مملوك
وكذلك المكاتب لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولانه كان محجورا عن التزوج قبل الكتابة وعقد الكتابة ما افاد له الا الاذن بما يتوصل به الى
اداء بدل الكتابة وهو الكسب والتزويج لا يوصله الى ذلك بل يلزمه الغرامة فيبقى في النكاح
على اصل الحجر واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة المكاتب عنده
وعند ابي يوسف ومحمد يجوز لانه حر عليه دين عندهما ولو تزوج بغير اذن المولى واحد
ممن ذكرنا انه لا يجوز تزوجه الا باذن المولى ثم اجاز المولى النكاح جاز لان العقد صدر
من الاهل في المحل الا انه امتنع النفاذ لحق المولى فاذا اجاز فقد زال المانع فينفذ ولا يجوز للعبد ان
يتسرى وان اذن له مولاه لان حل الوطي لا يثبت الا باحد الملكين لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون
الآية ولم يوجد احدهما وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يتسرى العبد ولا يسري الا باذن
مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب شيا الا الطلاق وهذا نص واما بيان ما يكون اجازة فالاجازة
قد تثبت بالنص وقد تثبت بالدلالة وقد تثبت بالضرورة اما النص فهو التصريح بلفظ الاجازة
وما يجري مجراها نحو ان يقول اجزت او رضيت او اذنت ونحو ذلك واما الدلالة فهي قول او فعل يدل
على الاجازة نحو مثل ان يقول المولى بعد ما اخبر بالنكاح حسن او صواب او لا باس به او نحو ذلك

الهامش: لان — هم — ولا — وصفا العبد المملوك بانه لا يقدر على شي صح — بمنزلة صح — اذا صح — فقلوز

او يسوق الى المراة المهر او شيا منه في نكاح العبد ونحو ذلك مما يدل على الرضا ولو قال طلقها او فارقها له المولى صح
لم يكن اجازة لان قوله طلقها او فارقها يحتمل حقيقة الطلاق والمفارقة ويحتمل المتاركة لان المتاركة
في النكاح الفاسد والنكاح الموقوف يسمى طلاقا ومفارقة فوقع الشك والاحتمال في ثبوت
الاجازة فلا تثبت بالشك والاحتمال ولو قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة
لارتفاع التردد اذ لا رجعة في المتاركة للنكاح الموقوف واما الضرورة فنحو ان يعتق العبد وفسخه صح
او الامة فيكون الاعتاق اجازة ولو اذن بالنكاح لم يكن الاذن بالنكاح اجازة ووجه الفرق
بينهما من وجهين احدهما انه لو لم يجعل الاعتاق اجازة لكان لا يخلو اما ان يبطل النكاح الموقوف
واما ان يبقى موقوفا على الاجازة لا سبيل الى الاول لان النكاح صدر من الاهل في المحل فلا يبطل على الاجازة
الا بابطال من له ولاية الابطال ولم يوجد ولا وجه للثاني لانه لو بقي موقوفا على اجازة المولى فاما ان يبقى موقوفا صح
او على اجازة العبد لا وجه الى الاول لان ولاية الاجازة لا تثبت الا بالملك وقد زال بالاعتاق ولا وجه الى
الثاني لان العقد وجد من العبد فكيف يقف عقد الانسان على اجازته واذا بطلت هذه الاقسام
وليس هاهنا قسم اخر لزم ان يجعل الاعتاق اجازة ضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الاذن
بالنكاح والثاني ان امتناع النفاذ مع صدور التصرف من الاهل في المحل لقيام حق المولى
وهو الملك نظرا له دفعا للضرر عنه وقد زال ملكه بالاعتاق فزال المانع من النفوذ
والاذن بالتزوج لا يوجب زوال المانع وهو الملك لكنه بالاذن اقامه مقام نفسه في النكاح
كانه هو ثم ثبوت ولاية الاجازة له لم تكن اجازة ما لم تجز فكذا العبد ثم اذا لم يكن نفس الاذن
من المولى بالنكاح اجازة لذلك العقد فان اجازه العبد جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وان
اجازه وجه القياس انه ماذون بالعقد والاجازة للعقد متغايران اسما وصورة وشرطا
اما الاسم والصورة فلا شك في تغايرهما واما الشرط فان محل العقد المعقود عليه ومحل
الاجازة نفس العقد ولهذا الشهادة شرط العقد لا شرط الاجازة والاذن باحد المتغايرين
لا يكون اذنا بالاخر وجه الاستحسان ان العبد اتى ببعض ما هو ماذون فيه وكان متصرفا
عن اذن فيجوز تصرفه ودلالة ذلك ان المولى اذن له بعقد نافذ وكان ماذونا باصل العقد بتحصيل صح
ووصفه وهو النفاذ وقد حصل النفاذ فيحصل ولهذا لو زوج فضولي هذا العبد امراة
بغير اذن المولى فاجاز العبد نفذ العقد دل ان تنفيذ العقد بالاجازة ماذون فيه من قبل
المولى فينفذ باجازته ثم اذا نفذ النكاح بالاعتاق وهي امة فلا خيار لها لان النكاح نفذ
بعد العتق والاعتاق فلم يصادفها وهي منكوحة والمهر لها ان لم يكن الزوج دخل بها قبل
الاعتاق وان كان قد دخل بها قبل الاعتاق فالمهر للمولى هذا اذا اعتقها وهي كبيرة فاما
اذا كانت صغيرة فاعتقها فان الاعتاق لا يكون اجازة ويبطل العقد عند زفر وعندنا
يبقى موقوفا على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة وان كانت لها عصبة يتوقف على اجازة
العصبة ويجوز باجازة العصبة ثم ان كان المجيز غير الاب والجد فلها خيار الادراك لان
العقد ينفذ عليها في حالة الصغر وهي حرة وان كان المجيز اباها او جدها فلا خيار لها ولو مات المولى كان

قبل الاجازة فان ورثها من يحل له وطيها بطل النكاح الموقوف لان الحل النافذ قد طرى
على الموقوف لوجود سبب الحل وهو الملك قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين ومن ضرورة ثبوت الحل له ارتفاع
الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيها بان كان الوارث ابن الميت وقد وطيها ابوه
او كانت الامة اخته من الرضاع او ورثها جماعة فللوارث الاجازة لانه لم يوجد
طريان الحل فبقي الموقوف على حاله وكذلك اذا باعها المولى قبل الاجازة فهو على
التفصيل الذي ذكرنا في الوارث وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير اذنه
ووطيها ثم باعها المولى من رجل ان للمشتري الاجازة لان وطي الزوج يمنع حل
الوطي للمشتري واما العبد اذا تزوج بغير اذن المولى فمات او باعه قبل
الاجازة فللوارث والمشتري الاجازة لانه لا يتصور حل الوطي هاهنا فلم يوجد
طريان حل فبقي الموقوف على حاله وهذا الذي ذكرنا قول اصحابنا الثلاثة وقال
زفر لا يجوز باجازة الوارث والمشتري بل يبطل والاصل فيه ان العقد الموقوف
على اجازة انسان يحتمل الاجازة من قبل غيره عندنا وعنده لا يحتمل وجه قوله
ان الاجازة انما تلحق الموقوف لانها تنفيذ الموقوف فانما تلحقه على الوجه الذي
وقف وانما وقف على الاول لا على الثاني فلا يملك الثاني تنفيذه ولنا انه انما
وقف على اجازة الاول لان الملك له وقد صار الملك للثاني فتنتقل الاجازة الى
الثاني وهذا لان المالك يملك انشاء النكاح باصله ووصفه وهو النفاذ فلان
يملك تنفيذ النكاح الموقوف وانه اثبات الوصف دون الاصل اولى ولو زوجت
المكاتبة نفسها بغير اذن المولى حتى وقف على اجازته فاعتقها نفذ العقد ولا
خيار فيه لما ذكرنا في الامة القنة وكذلك اذا ادت فعتقت وان عجزت فان كان
بضعها يحل للمولى بطل العقد وان كان لا يحل بان كانت اخته من الرضاع او كانت مجو سية
وقف على اجازته ولو كان المولى هو الذي عقد عليها بغير رضاها حتى وقف على
اجازتها فاجازت جاز العقد وان ادت فعتقت او اعتقها المولى توقف العقد
على اجازتها ان كانت كبيرة وان كانت صغيرة فهو على ما ذكرنا من الاختلاف في الامة
او يتوقف على اجازة المولى عندنا اذا لم يكن لها عصبة غير المولى فان كان فاجاز جاز
واذا ادركت فلها خيار الادراك اذا كان المجيز غير الاب والجد على ما بينا
وان لم يعتقها حتى عجزت بطل العقد ان كان بضعها يحل للمولى وان كان لا يحل له
فلا يجوز الا باجازته واما بيان ما يملكه من النكاح بعد الاذن فنقول
اذا اذن المولى للعبد بالتزوج فلا يخلو اما ان خص الاذن واما ان عمه فان بالتزويج صح

حتى لو قال له تزوج لم يجز له ان يتزوج الا امراة واحدة لان الامر المطلق
بالفعل لا يقتضي التكرار وكذا اذا قال له تزوج امراة لان قوله امراة اسم
لواحدة من هذا الجنس وان عمم بان قال تزوج ما شئت من النساء جاز له ان يتزوج
ثنتين ولا يجوز له ان يتزوج باكثر من ذلك لانه اذن له بنكاح ما شاء من النساء
بلفظ الجمع فينصرف الى جميع ما يملكه العبد من النساء وهو التزوج باثنتين قال
النبي صلى الله عليه وسلم لا يتزوج العبد اكثر من اثنتين وعليه اجماع الصحابة رضي
الله عنهم روي عن الحكم انه قال اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي
عنهم على ان العبد لا يجمع من النساء فوق اثنتين ولان مالكية النكاح تشعر بكمال
الحال لانها من باب الولاية والعبد انقص حالا من الحر فيظهر اثر النقصان في عدد
المملوك له في النكاح كما ظهر اثره في القسم والطلاق والعدة والحدود وغير
ذلك وهل يدخل تحت الاذن بالتزوج النكاح الفاسد قال ابو حنيفة رحمه الله
يدخل حتى لو تزوج العبد امراة نكاحا فاسدا ودخل بها لزمه المهر في الحال وقال ابو
يوسف ومحمد لا يدخل ويتبع بالمهر بعد العتق وجه قولهما ان غرض المولى من الاذن
بالنكاح هو حل الاستمتاع ليحصل به عفة العبد عن الزنا وهذا لا يحصل بالنكاح الفاسد
لانه لا يفيد الحل فلا يكون مرادا من الاذن بالتزوج ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف
الى النكاح الصحيح حتى لو نكح نكاحا فاسدا لا يحنث كذا هذا ولابي حنيفة ان الاذن
بالتزوج مطلق فينصرف الى الصحيح والفاسد كالاذن بالبيع مطلقا وفي مسئلة
اليمين انما لم ينصرف لفظ النكاح الى الفاسد لقرينة عرفية لان الايمان محمولة على
العرف والعادة والمتعارف والمعتاد مما يقصد باليمين الامتناع عن الصحيح لا
الفاسد لان فساد المحلوف عليه يكفي مانعا من الاقدام عليه فلا حاجة الى الامتناع
باليمين والدليل على صحة هذا التخريج ان يمين الحالف لو كانت على فعل في الماضي ينصرف
الى الصحيح والفاسد جميعا ويتفرع عن هذا انه اذا تزوج امراة نكاحا
فاسدا ثم اراد ان يتزوج اخرى نكاحا صحيحا ليس له ذلك عند ابي حنيفة لان
الاذن انتهى بالنكاح الفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن قد بقي ولو اذن
له بنكاح فاسد نصا ودخل بها يلزمه المهر في الحال في قولهم جميعا اما على اصل
ابي حنيفة فظاهر واما على اصلهما فلان الصرف الى الصحيح لضرب دلالة اوجبت
الصرف اليه فاذا جاء النص بخلافه بطلت الدلالة والله الموفق واما بيان حكم
المهر في نكاح المملوك فنقول ان كانت الاجازة قبل الدخول بالامة لم يلزم الزوج
الا مهر واحد وان كانت بعد الدخول بها فالقياس ان يلزمه مهران مهر بالدخول

قبل

قبل الاجازة ومهر بالاجازة وجه القياس انه وجد سبب وجوب مهرين
احدهما الدخول لان الدخول في النكاح الموقوف دخول في نكاح فاسد وهو بمنزلة
الدخول في نكاح فاسد وذا يوجب المهر كذا هذا والثاني النكاح الصحيح لان النكاح
قد صح بالاجازة وللاستحسان وجهان احدهما ان النكاح كان موقوفا على اجازة
كنكاح الفضولي والعقد الموقوف اذا اتصلت به الاجازة تستند الاجازة الى وقت
العقد واذا استندت الاجازة صار كانه عقده باذنه اذ الاجازة اللاحقة اليه صح
كالاذن السابق فلا يجب الا مهر واحد والثاني ان مهر المثل لو وجب لكان لوجوبه
تعلقا بالعقد لانه لولاه لكان الفعل زنا ولكان الواجب هو الحد لا المهر وقد
وجب المسمى بالعقد فلو وجب به مهر المثل ايضا لوجب بعقد واحد مهران وانه
ممتنع ثم كل ما وجب من مهر الامة فهو للمولى سواء وجب بالعقد او بالدخول وسواء
كان المهر مسمى او مهر المثل وسواء كانت الامة قنة او مدبرة او ام ولد الا المكاتبة
والمعتق بعضها فان المهر لهما لان المهر وجب عوضا عن المتعة وهي منافع البضع
ثم ان كانت منافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان فعوضها يكون للمولى كالارش وان
كانت مبقاة على حقيقة المنفعة فبدلها يكون للمولى ايضا كالاجرة بخلاف المكاتبة لان
هناك الارش والاجرة لها فكان المهر لها ايضا وكل مهر لزم العبد فان كان في النكا ح
باذن المولى يتعلق بكسبه ورقبته يباع فيه ان لم يكن له كسب عندنا لانه دين ثابت
في حق العبد ظاهر في حق المولى ومثل هذا الدين يتعلق برقبة العبد على اصل اصحابنا
رحمهم الله والمسئلة مرت في كتاب الماذون وان كان مدبرا او مكاتبا فانهما
يسعيان في المهر فيستوفى من كسبهما لتعذر الاستيفاء من رقبتهما لخروجهما عن احتمال
البيع بالتدبير والكتابة وما لزم العبد من ذلك بغير اذن المولى اتبع به بعد
العتق لانه دين تعلق بسبب لم يظهر في حق المولى فاشبه الدين الثابت باقرار العبد
المحجور انه لا يلزمه للحال ويتبع به بعد العتاق لما قلنا كذا هذا والله اعلم ومنها الولاية
في النكاح فلا ينعقد انكاح من لا ولاية له والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في
بيان انواع الولاية وفي بيان سبب ثبوت كل نوع وفي بيان شرط ثبوت كل نوع وما
يتصل به اما الاول فالولاية في باب النكاح انواع اربعة ولاية الملك وولاية
القرابة وولاية الولاء وولاية الامامة اما ولاية الملك فسبب ثبوتها الملك
لان ولاية الانكاح ولاية نظر والملك داعي الى الشفقة والنظر في حق المملوك فكان
سببا لثبوت الولاية ولا ولاية للمملوك لعدم الملك له اذ هو مملوك في نفسه فلا يكون
مالكا واما شرائط ثبوت هذه الولاية فمنها عقل المالك ومنها بلوغه فلا يجوز الانكاح

من المجنون والصبي الذي لا يعقل ولا من الصبي العاقل لان هولاء ليسوا من اهل الولاية لان اهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولى عليه وذلك بكمال الراي والعقل ولم يوجد الا ترى انه لا ولاية لهم على انفسهم فكيف يكون على غيرهم **ومنها** الملك المطلق وهو ان يكون المولى عليه مملوكا للمالك رقبة ويدا وعلى هذا يخرج انكاح الرجل امته او مدبرته او ام ولده او عبده او مدبره انه جائز بشواهد رضي به المملوك او لا ولا يجوز انكاح المكاتب والمكاتبة الا برضاهما اما انكاح الامة والمدبرة وام الولد فلا خلاف في جوازه صغيرة كانت او كبيرة واما انكاح العبد فان كان صغيرا يجوز وان كان كبيرا فقد ذكر في ظاهر الرواية انه يجوز من غير رضاه وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز الا برضاه وبه اخذ الشافعي **وجه** هذه الرواية ان منافع بضع العبد لم يدخل تحت ملك المولى بل هو اجنبي عنها والانسان لا يملك التصرف في ملك غيره من غير رضاه ولهذا لا يملك انكاح المكاتب والمكاتبة بخلاف الامة لان منافع بضعها مملوكة للمولى ولان نكاح المكره لا يفيد ما وضع له من المقاصد المطلوبة منه لان حصولها بالدوام على النكاح والقرار عليه ونكاح المكره لا يدوم بل يزيله العبد بالطلاق فلا يفيد فائدة **وجه** ظاهر الرواية قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم امر الموالي بانكاح العبيد والاماء مطلقا عن شرط الرضا فمن شرطه يحتاج الى الدليل ولان انكاح المملوك من المولى تصرف لنفسه لان مقاصد النكاح يرجع اليه فان الولد في انكاح الامة له وكذا في انكاح امته من عبده ومنفعة العفة عن الزنا الذي يوجب نقصان مالية مملوكه يحصل له ايضا فكان هذا في الانكاح تصرفا لنفسه ومن تصرف في ملك نفسه لنفسه ينفذ ولا يشترط فيه رضى المتصرف فيه كما في البيع والاجارة وسائر التصرفات ولان العبد ملكه بجميع اجزائه مطلقا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم ولكل مالك ولاية التصرف في ملكه اذا كان التصرف مصلحة وانكاح العبد مصلحة في حقه لما فيه من صيانته عن النقصان بواسطة الصيانة عن الزنا **وقوله** منافع بضع العبد غير مملوكة لسيده ممنوع بل هي مملوكة الا ان المولى منع من استيفائها لما فيه من الفساد وهذا لا يمنع ثبوت الملك كالجارية المجوسية والاخت من الرضاعة انه يمنع المولى من الاستمتاع بهما مع قيام الملك كذا هذا والملك المطلق لم يوجد في المكاتب لزوال ملك اليد بالكتابة حتى كان احق بأكسابه ولهذا لم يدخل تحت مطلق اسم المملوك في قوله كل مملوك لي فهو حر الا بالنية فعدم ملك الرقبة ان اقتضى ثبوت الولاية فانعدام ملك اليد يمنع من الثبوت فلا تثبت الولاية بالشك

ولان

ولان في التزويج من غير رضى المكاتب ضررا لان المولى بعقد الكتابة جعله احق بمكاسبه ليتوصل بها الى شرف الحرية فالتزويج من غير رضاه يوجب تعلق المهر والنفقة بكسبه فلا يصل الى الحرية فيتضرر به فشرط رضاه دفعا للضرر عنه **وقوله** لا فائدة في هذا النكاح ممنوع فان في طبع كل فحل التوقان الى النساء فالظاهر هو اقتضاء الشهوة خصوصا عند عدم المانع وهو الحرمة وكذا الظاهر من حال العبد الامتناع من نقض تصرف المولى احتراما له فيبقى النكاح فيفيد فائدة والله الموفق **واما ولاية القرابة** فسبب ثبوتها هو اصل القرابة وذاتها لا كمال القرابة وانما الكمال شرط التقدم على ما نذكر وهذا عند اصحابنا وعند الشافعي السبب هو القرابة القريبة وهي قرابة الولاد وعلى هذا ينبني ان لغير الاب والجد كالاخ والعم ولاية النكاح عندنا خلافا له واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستامر وحقيقة اسم اليتيمة للصغيرة لغة وقال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم نهى عن انكاح اليتيمة ومده الى غاية الاستيمار ولا يصير اهلا للاستيمار الا بعد البلوغ فيصير البلوغ كانه قال حتى تبلغ فتستامر ولان النكاح عقد اضرار من جانب النساء لما نذكر في مسيله انكاح البنت البالغة ومثل هذا التصرف لا يدخل تحت ولاية الولي كالطلاق والعتاق والهبة وغيرها الا انه يثبت الولاية للاب والجد بالنص والاجماع لكمال شفقتهما وشفقة غير الاب والجد قاصرة وقد ظهر اثر القصور في سلب ولاية التصرف في المال بالاجماع وسلب ولاية اللزوم عندكم فتعذر الالحاق **ولنا** قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وهذا خطاب لكافة المومنين لانه بناء على قوله تعالى وتوبوا الى الله جميعا ايه المومنون لعلكم تفلحون ثم خص منها الاجانب فبقيت الاقارب تحته الا من خص بدليل ولان سبب ولاية التنفيذ في الاب والجد هو مطلق القرابة لا القرابة القريبة وانما قرب القرابة سبب زيادة الولاية وهي ولاية الالزام لان مطلق القرابة حامل على اصل الشفقة اعني شفقة زائدة على شفقة الجنس وشفقة الاسلام وهي داعية الى تحصيل النظر في حق المولى عليه وشرطها عجز المولى عليه عن تحصيل النظر بنفسه مع حاجته الى التحصيل لان مصالح النكاح متضمنة تحت الكفاءة والكفؤ عزيز الوجود فيحتاج الى احرازه لكمال الاستيفاء المصالح بعد البلوغ وفائدتها وقوعها وسيلة الى ما وضع له النكاح وكل ذلك موجود في انكاح الاخ والعم فينفذ الا انه لم يلزم تصرفه لانعدام شرط اللزوم وهو قرب القرابة ولم يثبت له ولاية التصرف في المال لعدم الفائدة لانه لا سبيل الى القول باللزوم لان قرابة غير الاب والجد ليست بملزمة ولا سبيل الى القول بالنفاذ بدون اللزوم لانه

لا يفيد اذ المقصود من التصرف في المال وهو الربح لا يحصل الا بتكرار التجارة ولا
يحصل ذلك مع عدم اللزوم لانه اذا اشترى شيا يحتاج الى ان يمسكه الى وقت
البلوغ فلا يحصل المقصود فسقطت ولاية التصرف في المال بطريق الضرورة
وهذه الضرورة منعدمة في الانكاح فيثبت ولاية الانكاح واما الحديث
ولاية صح
فالمراد منه البنت البالغة بدلالة الاستيمار وهذا وان كان مجازا ولكن
فيما ذكره ايضا اضمار فوقعت المعارضة فسقط الاحتجاج به او يحمله على ما
قلنا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ثم اذا زوج الصغير او
الصغيرة فلهما الخيار اذا بلغا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا
خيار لهما ونذكر المسئلة في شرايط اللزوم ان شا الله تعالى واما شرايط ثبوت
هذه الولاية فنوعان في الاصل نوع هو شرط ثبوت اصل الولاية فانواع بعضها
ونوع هو شرط التقدم اما شرط ثبوت اصل الولاية صح
يرجع الى الولي وبعضها يرجع الى المولى عليه وبعضها يرجع الى نفس التصرف اما
الذي يرجع الى الولي فانواع منها عقل الولي ومنها بلوغه فلا تثبت الولاية
للمجنون والصبي لانهما ليسا من اهل الولاية لما ذكرنا في ولاية الملك ولهذا
لم تثبت لهما الولاية على انفسهما مع انهما اقرب اليهما فلان لا تثبت على غيرهما
اولى ومنها ان يكون ممن يرث المزوج لان سبب ثبوت الولاية والوراثة
واحد وهو القرابة فكل من يرثه يلي عليه ومن لا فلا وهذا يطرد على اصل
ابي حنيفة خاصة وينعكس عند الكل وتخرج عليه مسايل فنقول لا ولاية للمملوك
على واحد لانه لا يرث احدا ولان المملوك ليس من اهل الولاية الا ترى انه
لا ولاية له على نفسه ولان الولاية تنبي عن المالكية والشخص الواحد لا يكون مالكا
مملوكا في زمان واحد ولان هذه ولاية نظر ومصلحة ومصالح النكاح لا
يوقف عليها الا بالتامل والتدبر والمملوك باشتغاله بخدمة مولاه لا يتفرغ
للتامل والتدبر فلا يعرف كون انكاحه مصلحة والله الموفق ولا ولاية للمرتد
على احد لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله لانه لا يرث احدا ولانه لا ولاية له
على نفسه حتى لا يجوز نكاحه لاحد لا مسلم ولا كافر ولا مرتد مثله فلا يكون
له ولاية على غيره ولا ولاية للكافر على المسلم لانه لا ميراث بينهما قال
صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين شتى ولان الكافر ليس من اهل الولاية
على المسلم لان الشرع قطع ولاية الكفار على المسلمين قال الله تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المومنين سبيلا وقال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو
ولا يعلى ولان اثبات الولاية للكافر على المسلم يشعر باذلال المسلم من جهة الكافر

وهذا

وهذا لا يجوز ولهذا صينت المسلمة عن النكاح للكافر وكذلك ان كان الولي مسلما
والمولى عليه كافرا لا ولاية له عليه لان المسلم لا يرث الكافر كما ان الكافر لا يرث المسلم قال النبي
صلى الله عليه وسلم لا يرث المومن الكافر ولا الكافر المومن الا ان للمولى ان كان
مومنا صار مخصوصا عن النص واما اسلام الولي فليس بشرط لثبوت الولاية في
الجملة فيلي الكافر على الكافر لان الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة على تحصيل النظر
في حق المولى عليه ولا في الوراثة فان الكافر يرث الكافر ولهذا كان من اهل
الولاية على نفسه فكذا على غيره وقال تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وكذا
العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند اصحابنا وللفاسق ان يزوج ابنه
وابنته الصغيرين وعند الشافعي شرط وليس للفاسق ولاية التزويج واحتج
بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي مرشد والمرشد
بمعنى الرشيد كالمصلح بمعنى الصالح والفاسق ليس برشيد ولان الولاية من باب
الكرامة والفسق سبب الاهانة ولهذا لم تقبل شهادته ولنا عموم قوله تعالى وانكحوا
الايامى منكم وقوله صلى الله عليه وسلم زوجوا بناتكم الاكفاء من غير فصل ولنا
اجماع الامة ايضا فان الناس عن اخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من احد خصوصا الاعراب
والاكراد والاتراك ولان هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح في القدرة على
تحصيل النظر ولا في الداعي اليه وهو الشفقة وكذا لا يقدح في الوراثة فلا
يقدح في الولاية كالعدل ولان الفاسق من اهل الولاية على نفسه فيكون من
اهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته ولانه من احد نوعي الولاية
اهل صح
وهو ولاية الملك حتى يزوج امته فيكون من اهل النوع الاخر واما الحديث
فقد قيل انه لم يثبت بدون هذه الزيادة فكيف يثبت مع الزيادة ولو ثبت
فنقول بموجبه والفاسق مرشد لانه يرشد غيره لوجود الة الارشاد وهو
العقل فكان هذا نفي الولاية للمجنون وبه نقول ان المجنون لا يصلح وليا والمحدود
في القذف اذا تاب فله ولاية الانكاح بلا خلاف لانه اذا تاب فقد صار عدلا
وان لم يتب فكذا على الاختلاف لانه فاسق والله الموفق واما كون الولي من
العصبات فهل هو شرط لثبوت الولاية ام لا فنقول وبالله التوفيق جملة
الكلام فيه انه لا خلاف في ان للاب والجد ولاية الانكاح الا ما حكي عن
عثمان البتي وابن شبرمة انهما قالا ليس لهما ولاية التزويج وجه قولهما ان حكم
النكاح اذا ثبت لا يقتصر على حالة الصغر بل يدوم ويبقى الى ما بعد البلوغ الى ان

ان يوجد ما يبطله وفي هذا اثبات الولاية على البالغة ولاية استبداد كانه انشا
الانكاح بعد البلوغ وهذا لا يجوز **ولنا** قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والايم
اسم لانثى من بنات ادم لا زوج لها كبيرة كانت او صغيرة وكلمة من ان كانت
للتبعيض يكون هذا خطابا للاباء وان كانت للجنس يكون خطابا بالجنس المؤمنين وعموم
الخطاب يتناول الاب والجد وانكح الصديق عايشة رضي الله عنها وهي بنت ست
سنين من رسول الله صلى الله عليه وسلم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم
وزوج علي ابنته ام كلثوم وهي صغيرة من عمر ابن الخطاب رضي الله عنهم وزوج
عبد الله بن عمر ابنته وهي صغيرة عروة ابن الزبير رضي الله عنهم وبه تبين
ان قولهما خرج مخالفا لاجماع الصحابة فكان مردودا **واما** قولهما ان حكم
النكاح يبقى بعد البلوغ فنعم لكن بالانكاح السابق لا بانكاح منشا بعد البلوغ
وهذا جايز كما في البيع فان لهما ولاية بيع مال الصغير وان كان حكم البيع وهو
الملك يبقى بعد البلوغ لما قلنا كذا هذا وللاب ولاية قبض صداق ابنته البكر
صغيرة كانت او بالغة ويبرا الزوج بقبضه اما الصغيرة فلا شك فيه لان له
ولاية التصرف في مالها واما البالغة فلانها تستحيي من المطالبة به بنفسها كما تستحيي
عن التكلم بالنكاح فجعل سكوتها رضى بقبض الاب كما جعل رضى بالنكاح ولان
الظاهر انها ترضى بقبض الاب لانه يقبض مهرها ليضم اليه امثاله فيجهزها به
هذا هو الظاهر فكان ماذونا بالقبض من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض
لا يملك القبض ولا يبرا الزوج وكذا الجد يقوم مقامه عند عدمه وان كانت — [هامش: ابنه صح]
عاقلة وهي ثيب فالقبض اليها لا الى الاب ويبرا الزوج بدفعه اليها ولا يبرا
بالدفع الى الاب وما سوى الاب والجد من الاولياء ليست لهم ولاية القبض سوا
كانت كبيرة او صغيرة الا اذا كان الولي هو الوصي فله حق القبض اذا كانت صغيرة
كما يقبض ساير ديونها وليس للوصي حق القبض الا اذا كانت صغيرة واذا ضمن
الولي المهر صح ضمانه لان حقوق العقد لا تتعلق به فصار كالاجنبي والمراة الخيار — [هامش: كما في الوكيل بالبيع اذا ضمن عن المشتري الثمن صح]
في مطالبة زوجها او وليها لوجود سبب ثبوت حق المطالبة من كل واحد منهما
وهو العقد من الزوج والضمان من الولي ولا خلاف بين اصحابنا في ان لغير الاب
والجد من العصبات ولاية الانكاح للاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات في
الميراث قال ابو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما لا يجوز انكاحه حتى لم يتوارثا بذلك — [هامش: واختلفوا في غير العصبات صح]
النكاح ويتوقف على اجازة العصبة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه فيه روايتان وهذا
يرجع الى ما ذكرنا ان عصوبة الولي هل هي شرط لثبوت الولاية مع اتفاقهم على
انها شرط التقدم فعندهما هي شرط ثبوت اصل الولاية وهي رواية الحسن عن ابي

حنيفة

حنيفة رحمه الله فانه قال روي عنه انه قال لا يزوج الصغيرة الا العصبة
وروى ابو يوسف ومحمد عن ابي حنيفة انها ليست بشرط لثبوت اصل الولاية
وانما هي شرط التقدم على قرابة الرحم حتى انه اذا كانت هناك عصبة
لا تثبت لغير العصبة ولاية الانكاح وان لم يكن ثم عصبة فلغير العصبة
من القرابات من الرجال والنساء نحو الام والاخت والخال ولاية التزويج
الاقرب فالاقرب اذا كان المزوج ممن يرث المزوج وهو الرواية
المشهورة عن ابي حنيفة رحمه الله **وجه** قولهما ما روي عن علي رضي الله
عنه انه قال النكاح الى العصبات فوض كل نكاح الى كل عصبة لانه قابل الجنس
بالجنس او بالجمع فتقتضي مقابلة الفرد بالفرد ولان الاصل في الولاية هم
العصبات فان الراي وتدبير القبيلة وضياعها مما يوجب العار والشين
اليهم فكانوا هم الذين يحترزون عن ذلك بالنظر والتامل في امر النكاح
فكانوا هم المختصين بالولاية ولهذا كانت قرابة التعصيب مقدمة على قرابة
الرحم بالاجماع ولابي حنيفة رحمه الله عموم قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم
من غير فصل بين العصبات وغيرهم فيثبت ولاية الانكاح على العموم الا
من خص بدليل ولان سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذلك لما بينا
ان القرابة حاملة على الشفقة في حق القريب داعية اليها وقد وجدها هنا
فوجد السبب ووجد شرط الثبوت ايضا وهو عجز المولى عليه عن المباشرة
بنفسه وانما العصوبة وقرب القرابة شرط التقدم لا شرط ثبوت اصل
الولاية فلا جرم العصبة تتقدم على ذي الرحم والاقرب من العصبة يتقدم — [هامش: غير صح]
على الابعد ولان ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث لاتحاد سبب
ثبوتهما وهو القرابة فكل من استحق الميراث استحق الولاية الا ترى ان
الاب اذا كان عبدا لا ولاية له لان العبد لا يرث احدا وكذا اذا كان
كافرا والمولى عليه مسلما لا ولاية له لانه لا يرثه وكذا اذا كان مسلما والمولى
عليه كافرا لا ولاية له لانه لا ميراث له منه فثبت ان الولاية تدور مع استحقاق
الميراث فتثبت لكل قريب يرث المزوج ولا يلزم على هذه القاعدة المولى
انه يزوج ولا يرث وكذا الامام انه يزوج ولا يرث لان هذا عكس العلة
لا طردها لان طرد ما قلنا ان كل من يرث يزوج وهذا مطرد على اصل ابي حنيفة
وعكسه ان كل من لا يرث لا يزوج والشرط في العلل الشرعية الاطراد دون
الانعكاس لجواز اثبات الحكم الشرعي بعلل شتى ثم نقول ما قلنا منعكس ايضا الا
ترى ان للمولى الولاء في مملوكه وهو نوع ارث **واما الامام** فهو نائب عن جماعة
المسلمين وهم يرثون من لا ولي له من جهة الملك والقرابة والولاء الا ترى

ان ميراثه لبيت المال وبيت المال ما لهم فكانت الولاية في الحقيقة لهم
وانما الامام نايب عنهم فيزوجون ويرثون ايضا فاطرد هذا الاصل وانعكس
بحمد الله تعالى واما قول على رضي الله عنه النكاح الى العصبات فالمراد منه
حال وجود العصبة لا نسخة له تفويض النكاح الى العصبة ولا عصبة ونحن به
نقول ان النكاح الى العصبات حال وجود العصبة ولا كلام فيه والله اعلم

فصل واما الذي يرجع الى المولى عليه فنقول الولاية بالنسبة الى
المولى عليه نوعان ولاية حتم وايجاب وولاية ندب واستحباب وهذا على
اصل ابي حنيفة وابي يوسف الاول فاما على اصل محمد فهي نوعان ايضا
ولاية استبداد وولاية شركة وهو قول ابي يوسف الاخر وكذا يقول
الشافعي الا ان بينهما اختلافا في كيفية الشركة على ما نذكر اما ولاية
الحتم والايجاب والاستبداد فشرط ثبوتها على اصل اصحابنا رحمهم الله كون
المولى عليه صغيرا او صغيرة او مجنونا كبيرا او مجنونة كبيرة سوا كانت الصغيرة
بكرا او ثيبا فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة
سوا كانت ثيبا او بكرا وعلى اصل الشافعي ثبوت ولاية الاستبداد في الغلام
هو الصغر وفي الجارية البكارة سوا كانت صغيرة او بالغة ٣ والاصل ان هذه ٣ فلا تثبت هذه الولاية عنده على الثيب سواء كانت بالغة او صغيرة صح
الولاية على اصل اصحابنا رحمهم الله تعالى تدور مع الصغر وجودا وعدما في
الصغير والصغيرة جميعا وعنده في الصغير كذلك اما في الصغيرة فانها تدور
مع البكارة وجودا وعدما وفي الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودا
وعدما سوا كان اصليا بان بلغ مجنونا او عارضا بان طرا بعد البلوغ عندنا
وقال زفر اذا طرا الجنون لم يجز للولي التزويج وعلى هذا ينبني ان الاب
والجد لا يملكان انكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا وعند الشافعي يملكان
ولا خلاف في انهما لا يملكان انكاح الثيب البالغة بغير رضاها **وجه**
قوله ان البكر وان كانت عاقلة بالغة فلا تعلم مصالح النكاح لان العلم بها
يقف على التجربة والممارسة وذلك بالثيابة ولم توجد فالتحقت بالبكر الصغيرة
فتثبت ولاية الاستبداد عليها ولهذا ملك الاب قبض صداقها من غير رضاها
بخلاف الثيب البالغة لانها علمت بمصالح النكاح بالممارسة ومصاحبة الرجال
فانقطعت ولاية الاستبداد عنها ولنا ان الثيب البالغة لا تزوج الا
برضاها فكذا البكر البالغة والجامع بينهما وجهان احدهما طريق ابي حنيفة
وابي يوسف الاول والثاني طريق محمد وابي يوسف الاخر اما طريق ابي
حنيفة رحمه الله فهو ان ولاية الحتم والايجاب في حالة الصغر انما تثبت
بطريق النيابة عن الصغيرة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها

وبالبلوغ

وبالبلوغ عن عقل زال العجز وثبتت القدرة حقيقة ولهذا صارت من اهل
الخطاب في احكام الشرع الا انها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة النكاح
عجز ندب واستحباب لانها تحتاج الى الخروج الى محافل الرجال والمراة مخدرة
مستورة والخروج الى محافل الرجال من النساء عيب في العادة فكان عجزها
عجز ندب واستحباب لا حقيقة فتثبت الولاية عليها على حسب العجز وهي
ولاية ندب واستحباب لا ولاية حتم وايجاب اثباتا للحكم على قدر العلة
واما طريق محمد رحمه الله فهو ان الثابت بعد البلوغ ولاية الشركة لا
ولاية الاستبداد فلا بد من الرضا كما في الثيب البالغة على ما نذكره في مسئلة
النكاح بغير ولي ان شا الله تعالى وانما ملك الاب قبض صداقها لوجود الرضا
بذلك منها دلالة لان العادة ان الاب يضم الى الصداق من خالص ماله
ويجهز بنته البكر حتى لو نهته عن القبض لا يملك بخلاف الثيب لان العادة
ما جرت بتكرار الجهاز واذا كان الرضا في انكاح البالغة شرط الجواز فاذا
زوجت بغير اذنها توقف التزوج على رضاها فان رضيت جاز وان
ردت بطل ثم ان كانت ثيبا فرضاها يعرف بالقول مرة وبالفعل اخرى
اما القول فهو التنصيص على الرضا وما يجري مجراه نحو ان تقول رضيت واجزت
ونحو ذلك والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وقوله والثيب
تعرب عنها لسانها وقوله تستامر النسا في ابضاعهن وقوله لا تنكح اليتيمة حتى
تستامر والمراد منه البالغة **واما** الفعل فنحو التمكين من نفسها والمطالبة
بالمهر والنفقة ونحو ذلك لانه دليل الرضا والرضا يثبت بالنص مرة وبالدلالة
اخرى والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة
ان وطيك زوجك فلا خيار لك وان كانت بكرا فان رضاها يعرف بهذين
الطريقين وبثالث وهو السكوت وهذا استحسان والقياس ان لا يكون سكوتها
رضا **وجه** القياس ان السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل سكوت البكر
الرضا مع الشك والاحتمال ولهذا لم يجعل دليلا اذا كان المزوج اجنبيا
او وليا غيره اولى منه **ولنا** ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال تستامر النسا في ابضاعهن فقالت عايشة رضي الله عنها ان البكر
لتستحي يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها وروي سكوتها
رضاها وروي سكوتها اقرارها وكل ذلك نص في الباب وروي البكر تستامر
في نفسها فان سكتت فقد رضيت وهذا ايضا نص ولان البكر تستحي عن النطق
بالاذن بالنكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال فتنسب الى الوقاحة فلو
لم تجعل سكوتها رضا واذنا بالنكاح دلالة وشرط استنطاقها وانها لا تنطق

عادة لفاتت عليها مقاصد النكاح مع حاجتها الى ذلك وهذا لا يجوز وقوله
السكوت يحتمل مسلم لكن يترجح جانب الرضى على جانب السخط لانها لو لم تكن
راضية لردت لانها ان كانت تستحيي عن الاذن فلا تستحيي عن الرد فلما سكتت
ولم ترد دل انها راضية بخلاف ما اذا زوجها اجنبي او ولي غيره اولى منه
لان هناك ازداد احتمال السخط لانه يحتمل انها سكتت عن جوابه مع انها
قادرة على الرد تحقيرا له وعدم المبالاة بكلامه وهذا امر معلوم بالعادة
فبطل رجحان دليل الرضى ولانها انما تستحيي من الاولياء لا من الاجانب والابعد
عند قيام الاقرب وحضوره اجنبي فكانت في حق الاجانب كالثيب فلا بد من
قول او فعل يدل عليه ولان المزوج اذا كان اجنبيا او كان الولي الابعد
كان جواز النكاح من طريق الوكالة لا من طريق الولاية لانعدامها والوكالة
لا تثبت الا بالقول واذا كان وليا فالجواز بطريق الولاية فلا يفتقر الى
القول ولو بلغها النكاح فضحكت كان اجازة لان الانسان انما يضحك عما
يسره فكان دليل الرضى ولو بكت روي عن ابي يوسف انه يكون اجازة
وروي عنه رواية اخرى انه لا يكون اجازة بل يكون ردا وهو قول
محمد **وجه** الرواية الاولى ان البكاء قد يكون للحزن وقد يكون لشدة
الفرح فلا يجعل ردا ولا اجازة للتعارض فصار كانها سكتت فصار رضى
وجه الرواية الاخرى وهو قول محمد ان البكاء لا يكون الا عن حزن
عادة فكان دليل السخط والكراهة لا دليل الاذن والاجازة ولو زوجها وليان
كل واحد منهما رجلا فبلغها ذلك فان اجازت احد العقدين جاز الذي
اجازته وبطل الاخر وان اجازتهما بطلا لان الاجازة منها بمنزلة الانشاء
كانها تزوجت بزوجين وذلك باطل كذا هذا فان سكتت روي عن محمد رحمه
الله ان ذلك لا يكون ردا ولا اجازة حتى تجيز احدهما بالقول او بفعل يدل
على الاجازة وروي عنه رواية اخرى انها اذا سكتت بطل العقدان
جميعا **وجه** هذه الرواية ان السكوت من البكر كالاجازة فكانها
اجازت العقدين جميعا **وجه** الرواية الاخرى ان هذا السكوت
لا يمكن ان يجعل اجازة لانه لو جعل اجازة فاما ان يجعل اجازة للعقدين
جميعا واما ان يجعل اجازة لاحدهما لا سبيل الى الاول لان انشاء العقدين
جميعا ممتنع فامتنعت اجازتهما ولا سبيل الى الثاني لانه ليس احد العقدين
باولى بالاجازة من الاخر فالتحق السكوت بالعدم ووقف الامر على الاجازة
بقول او بفعل يدل على اجازة احدهما وكذلك اذا استؤمرت البكر في
الابتداء فسكتت فهو اذن اذا كان المستاذن وليا لما ذكرنا ولما روي

عنه

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا خطبت احدى بناته من خدورها دنا صح
وقال ان فلانا يذكر فلانة ثم يزوجها فدل ان السكوت عند استئمار
الولي اذن دلالة وقالوا في الولي اذا قال للبكر اني اريد ان ازوجك
فلانا فقالت غيره اولى منه لم يكن ذلك اذنا ولو زوجها ثم اخبرها
فقالت قد كان غيره اولى منه كان اجازة لان قولها في الفصل الاول
اظهار عدم الرضى بالتزويج من فلان وقولها في الفصل الثاني قبول
او سكوت عن الرد وسكوت البكر عن الرد يكون رضا ولو قال الولي
اريد ان ازوجك من رجل ولم يسمه فسكتت لم يكن رضا كذا روي عن
محمد رحمه الله لان الرضا بالشي بدون العلم به لا يتحقق ولو قال ازوجك
فلانا او فلانا حتى عد جماعة فسكتت فمن ايهم زوجها جاز ولو سمى لها
الجماعة مجملا بان قال اريد ان ازوجك من جيراني او من بني عمي فسكتت
فان كانوا يحصون فهو رضا وان كانوا لا يحصون لم يكن رضا لانهم اذا كانوا
يعلمون من يحصون فيتعلق الرضى بهم واذا لم يحصوا لم يعلم فلا يتصور الرضا لغير لان الرضا صح
المعلوم محال والله الموفق وذكر في الفتاوى ان الولي اذا سمى الزوج ولم
يسم المهر انه كره هو فسكتت فسكوتها لا يكون رضا لان تمام الرضا لا
يثبت الا بذكر الزوج والمهر ثم الاجازة من طريق الدلالة لا يثبت الا
بعد العلم بالنكاح لان الرضا بالنكاح قبل العلم به لا يتصور واذا زوج
الثيب البالغة ولي فقالت لم ارض ولم اذن وقال الزوج قد اذنت
فالقول قول المراة لان الزوج يدعي عليها حدوث امر لم يكن وهو الاذن
والرضا وهي تنكر فكان القول قولها واما البكر اذا زوجت فقال الزوج
بلغك العقد فسكتت فقالت رددت فالقول قولها عند اصحابنا الثلاثة
وقال زفر القول قول الزوج **وجه** قوله ان المراة تدعي امرا حادثا ثا
وهو الرد والزوج ينكر فكان القول قول المنكر **ولنا** ان المراة وان
كانت مدعية ظاهرا فهي منكرة في الحقيقة لان الزوج يدعي عليها جواز العقد
بالسكوت وهي تنكر فكان القول قولها كالمودع اذا قال رددت الوديعة
كان القول قوله وان كان مدعيا الرد ظاهرا لكونه منكرا للضمان حقيقة
كذا هاهنا ثم في هذين الفصلين لا يمين عليها في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي
قولهما عليها اليمين وهو الخلاف المعروف ان الاستحلاف لا يجري في الاشياء
الستة عنده وعندهما يجري والمسألة تذكر في كتاب الدعوى ثم اذا اختلف
الحكم في البكر البالغة والثيب البالغة في الجملة حتى جعل السكوت رضى من
البكر دون الثيب وللاب ولاية قبض صداق البكر بغير اذنها الا اذا نهته

نصا وليس له ولاية قبض صداق الثيب الا باذنها لا بد من معرفة الثيابة والبكارة
في الحكم لا في الحقيقة لان حقيقة البكارة بقا العذرة وحقيقة الثيابة
زوال العذرة والحكم غير مبني على ذلك بالاجماع فنقول لا خلاف في ان
كل من زالت عذرتها بوثبة او طفرة او حيضة او طول التعنيس انها في
حكم الابكار تزوج كما تزوج الابكار ولا خلاف ايضا في ان من زالت عذرتها
بوطي يتعلق به ثبوت النسب وهو الوطي بعقد جايز او فاسد او شبهة عقد
وجب لها مهر بذلك الوطي انها تزوج كما تزوج الثيب واما اذا زالت
عذرتها بالزنا فانها تزوج كما تزوج الابكار في قول ابي حنيفة رحمه الله
وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي تزوج كما تزوج الثيب واحتجوا بما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البكر تستامر في نفسها والثيب
تشاور وقال والثيب يعرب عنها لسانها وهذه ثيب حقيقة لان الثيب
حقيقة من زالت عذرتها وهذه كذلك فتجري عليها احكام الثيب ومن
احكامها انه لا يجوز نكاحها بغير اذنها نصا ولا يكتفى بسكوتها ولابي حنيفة
رحمه الله ان علة وضع النطق شرعا واقامة السكوت مقامه في البكر
هي الحياء وقد وجد ودلالة ان العلة ما قلنا اشارة النص والمعقول
اما الاول فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تستامر
النسا في ابضاعهن فقالت عايشة رضي الله عنها ان البكر تستحيي يا رسول الله فقال
اذنها صماتها والاستدلال به ان قوله صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها خرج
جوابا لقول عايشة رضي الله عنها ان البكر تستحيي يا رسول الله فقال اذنها صماتها
اي عن الاذن بالنكاح نطقا فاذنها صماتها فهذا اشارة الى ان الحيا علة وضع النطق [ط والجواب يقتضي اعادة السؤال لان الجواب لا يتم بدون السؤال كانه قال اذا كانت البكر تستحيي عن الاذن بالنكاح نطقا صح]
وقيام الصمات مقام الاذن علة منصوصة وعلة النص لا تتقيد بمحل النص
كالطوف في الهرة ونحو ذلك واما المعقول فهو ان الحيا في البكر مانع من [الحيا في البكر]
النطق بصريح الاذن بالنكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال لان النكاح سبب
الوطي والناس يستقبحون ذلك منها ويذمونها وينسبونها الى الوقاحة وذلك
مانع لها من النطق بالاذن الصريح وهي محتاجة الى النكاح فلو شرط استنطاقها
وهي لا تنطق عادة لفات عليها النكاح مع حاجتها اليه وهذا لا يجوز والحيا
موجود في حق هذه وان كانت ثيبا حقيقة لان زوال بكارتها لم تظهر
للناس فيستقبحون منها الاذن بالنكاح صريحا ويعدونه من باب الوقاحة
ولا يزول ذلك ما لم يوجد النكاح ويشتهر الزفاف فحينئذ لا يستقبح الاظهار
بالاذن ولا يعد عيبا بل الامتناع عن الاذن عند استيمار الولي تعد رعونة
منها لحصول العلم للناس بظهور رغبتها في الرجال واما الحديث فالمراد منه

الثيب

الثيب التي تعاد فيها الناس ثيبا لان مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف بين
الناس ولهذا لم يدخل البكر التي زالت عذرتها بالطفرة والوثبة والحيضة
ونحو ذلك في هذا الحديث وان كانت ثيبا حقيقة والله اعلم وعلى هذا يخرج
انكاح الاب والجد الثيب الصغيرة انه جايز عند اصحابنا رحمهم الله وعند
الشافعي لا يجوز انكاحها للحال وتتاخر الى ما بعد البلوغ فيزوجها الولي بعد
البلوغ باذنها صريحا لا بالسكوت واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستامر واليتيمة اسم للصغيرة في اللغة
ولان الثيابة دليل العلم بمصالح النكاح لان حدوثها يكون بعد العقل
والتمييز عادة وقد تحصل لها التجربة والممارسة وهذا ان لم يصلح لاثبات
الولاية لها يصلح دافعا ولاية الولي عنها للحال والتاخير الى ما بعد البلوغ
بخلاف البكر البالغة لان البكارة دليل الجهل بمصالح النكاح ومضاره
فالتحق عقلها بالعدم على ما مر ولان النكاح في جانب النسا ضرر ونفعا
لما نذكر فلا ينقلب مصلحة الا عند الحاجة الى قضا الشهوة لان مصالح
النكاح تقف عليه ولم يوجد في الثيب الصغيرة والجواز في البكر ثبت [الصغيرة صح]
بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة على ما ذكرنا فيما تقدم
ولنا قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والايم اسم لانثى لا زوج لها
صغيرة كانت او كبيرة فيقتضي ثبوت الولاية عاما الا من خص بدليل
ولان الولاية كانت ثابتة قبل زوال البكارة لوجود سبب ثبوت
الولاية وهو القرابة الكاملة والشفقة الوافرة ووجود شرط الثبوت
وهو حاجة الصغيرة الى النكاح للحال لاستيفا المصالح بعد البلوغ وعجزها
عن ذلك بنفسها وقدرة الولي عليه والعارض ليس الا الثيابة واثرها
في زيادة الحاجة الى النكاح لانها مارست الرجال وصحبتهم وللصحبة
اثر في الميل الى من تعاشرها معاشرة جميلة فلما ثبتت الولاية على البكر
الصغيرة فلان يبقى على الثيب الصغيرة اولى والمراد من الحديث
البالغة لما مر والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة يزوجان كما يزوج الصغير
والصغيرة عند اصحابنا الثلاثة اصليا كان الجنون او طاريا بعد البلوغ
وقال زفر ليس للولي ان يزوج المجنون جنونا طاريا وجه
قوله ان ولاية الولي قد زالت بالبلوغ عن عقل فلا يعود بعد ذلك بطريان
الجنون كما لو بلغ مغمى عليه ثم زال الاغما ولنا انه وجد سبب ثبوت
الولاية وهو القرابة وشرطه وهو عجز المولى عليه مع حاجته في ثبوت
الولاية فانه فتثبت ولهذا ثبتت في الجنون الاصلي كذا في الطاري

ويثبت له ولاية التصرف في ماله كذا في نفسه والله اعلم **فصل** واما
الذي يرجع الى نفس التصرف فنوعان ان يكون التصرف نافعا في حق المولى عليه
لا ضارا في حقه فليس للاب والوصي والجد ان يزوجوا عبد الصغير والصغيرة
حرة ولا امة لغيرهما لان هذا تصرف ضار في حق المولى عليه لان المهر
والنفقة يتعلقان برقبة العبد من غير ان يحصل للصغير مال في مقابلته
والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالطلاق والعتاق والتبرعات
وكذا كل من يتصرف على غيره بالاذن لا يملك انكاح العبد كالمكاتب
والشريك والمضارب والماذون لان اطلاق التصرف لهؤلاء مقيد
بالنظر فاما تزويج الامة حرا او عبدا لغيرهما فيملكه الاب والوصي
والجد والمكاتب والمفاوض والقاضي وامين القاضي لانه نافع محض
لكونه تحصيل مال من غير ان يقابله مال فيملكه هؤلاء الا ترى انهم
يملكون البيع مع انه مقابلة المال بالمال فهذا اولى فاما شريك
العنان والمضارب والماذون فلا يملكون تزويج الامة في قول ابي
حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وعند ابي يوسف يملكون **وجه** قول
ابي يوسف ان هذا التصرف نافع لانه تحصيل مال لا بمقابلة مال فيملكونه
كشريك المفاوض **وجه** قولهما ان تصرف هؤلاء مختص بالتجارة
والنكاح ليس من التجارة بدليل ان الماذونة لا تزوج نفسها ولو كان
النكاح تجارة لملكته ولان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح
معاوضة البضع بالمال فلم يكن تجارة فلا يدخل تحت ولا يتم بخلاف
المفاوض لان تصرفه يختص بالنفع لا بالتجارة وهذا نافع ولو زوج جارية
ابنه من عبد ابنه قال ابو يوسف يجوز وقال زفر لا يجوز **وجه** قول
زفر ان تزويج عبد الصغير لم يدخل تحت ولاية الاب فكان الاب فيه
كالاجنبي واحتمال الضرر ثابت لجواز ان يبيع الامة فيتعلق المهر والنفقة
برقبة العبد فيتضرر به الصغير فيصير كانه زوجه امة الغير **ولنا**
ان سبب ثبوت الولاية موجود فلا يمتنع الثبوت الا لمكان الضرر وهذا
نفع لا مضرة فيه لان الاولاد له ولا يتعلق المهر والنفقة برقبة العبد
فكان نفعا محضا فيملكه قوله يحتمل ان يبيعها قلنا ويحتمل ان لا يبيعها فلا يجوز
تعطيل الولاية المتحققة للحال لامر يحتمل الوجود والعدم وعلى هذا يخرج
ما اذا زوج الاب او الجد ابنته الصغيرة من كفو بدون مهر مثلها او زوج
ابنه الصغير امراة باكثر من مهر مثلها انه ان كان ذلك مما يتغابن الناس
في مثله يجوز بالاجماع وان كان مما لا يتغابن الناس في مثله يجوز في قول

ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يجوز وذكر هشام عنهما
ان النكاح باطل ولو زوج ابنته الصغيرة بمهر مثلها من غير كفو فهو على هذا
الخلاف ولو فعل غير الاب والجد شيئا مما ذكرنا لا يجوز في قولهم جميعا وجه
قولهما ان ولاية الانكاح تثبت نظرا في حق المولى عليه ولا نظر في الحط
عن مهر المثل في انكاح الصغيرة ولا في الزيادة على مهر المثل في انكاح الصغير
بل فيه ضررهما والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي ولهذا لا يملكه
غير الاب والجد كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ما روي ان ابا بكر الصديق
رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة من رسول الله صلى
الله عليه وسلم على خمس مائة درهم وتزوجها رسول الله صلى الله عليه
وسلم على ذلك ومعلوم ان مهر مثلها كان اضعاف ذلك ولان الاب
وافر الشفقة على ولده ينظر له ما لا ينظر لنفسه فالظاهر انه لا يفعل ذلك
الا لتوفر مقصود من مقاصد النكاح هو انفع واجدى له من كثير من المال
من موافقة الاخلاق وحسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ونحو ذلك من
المعاني المقصودة بالنكاح فكان تصرفه والحالة هذه نظرا للصغير والصغيرة
لا اضرارا بهما بخلاف غير الاب والجد لان وجه الضرر في تصرفهما ظاهر
وليس ثمة دليل يدل على اشتماله على المصلحة الباطنة الخفية التي تربو
على الضرر الظاهر لان ذلك انما يعرف بوفور الشفقة ولم يوجد وبخلاف
ما اذا باع الاب امة لهما باقل من قيمتها مما لا يتغابن الناس فيه انه لا يجوز
ذلك لان البيع معاوضة المال بالمال والمقصود من المعاوضات المالية
هو الوصول الى العوض المالي ولم يوجد وبخلاف ما اذا زوج امتهما باقل من
مهر مثلها انه لا يجوز لانه لا نفع لهما فيما يحصل للامة من حظ الزوج وانما
منفعتهما في حصول عوض بضع الامة لهما وهو مهر المثل ولم يحصل وعلى هذا
الخلاف التوكيل بان وكل رجل رجلا بان يزوجه امراة فزوجه باكثر من مهر امراة صح
مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله او وكلت امراة رجلا بان يزوجها
من رجل فزوجها من رجل بدون صداق مثلها او من غير كفو وهو على
اختلاف الوكيل بالبيع المطلق وسنذكر المسألة في كتاب الوكالة ان شاء الله
تعالى وعلى هذا الوكيل بالتزويج من جانب الرجل او المراة اذا زوج الموكل
من لا تقبل شهادة الوكيل له فهو على الاختلاف في البيع وسنذكر ذلك كله
في كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى وعلى هذا الوكيل بالتزويج من جانب الخلاف صح
الرجل بالتزويج اذا زوجه امة لغيره انه يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله
لاطلاق اللفظ ولسقوط اعتبار الكفاءة من جانب النساء وعندهما

ولو اقر الاب على ابنته الصغيرة بالنكاح او على ابنه الصغير لا يصدق في اقراره حتى يشهد شاهدان على نفس النكاح في قول ابي حنيفة وعندهما يصدق

فعند ابي حنيفة لا تقبل هذه الشهادة حتى يشهد شاهدان على نفس العقد وعندهما تقبل ويظهر النكاح ولنا في ان تدعي رجل نكاح الصغير بعد بلوغها وهما منكران ذلك فاقام المدعي البينة على اقرار الاب بالنكاح في حال الصغر لا تقبل هذه الشهادة عند ابي حنيفة حتى يشهد شاهدان على نفس النكاح في حال الصغر وعلى هذا الخلاف الوكيل بالنكاح اذا اقر على موكله او على موكلته بالنكاح والمولى اذا اقر على عبده بالنكاح انه لا تقبل

لا يجوز لان المطلق ينصرف الى المتعارف وتعتبر الكفاءة من جانبهن عندهما في مثل هذا الموضع لمكان العرف استحسانا على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى

فصل واما ولاية الندب والاستحباب فهي الولاية على الحرة العاقلة البالغة بكرا كانت او ثيبا في قول ابي حنيفة وزفر وقول ابي يوسف الاول رحمهم الله وفي قول محمد وابي يوسف الاخر الولاية عليها ولاية شركة وعند الشافعي هي ولاية شركة ايضا الا في العبارة فانها للولي خاصة وشرط ثبوت هذه الولاية على اصل اصحابنا هو رضى المولى عليه لا غير وعند الشافعي هذا وعبارة الولي ايضا وعلى هذا يبتني الحرة البالغة العاقلة اذا زوجت نفسها من رجل او وكلت رجلا بالتزويج فزوجها فضولي فاجازت جاز في قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف الاول سواء زوجت نفسها من كفو او من غير كفو بمهر وافر او قاصر غير انها اذا زوجت نفسها من غير كفو فللاولياء حق الاعتراض وكذا اذا زوجت بمهر قاصر عند ابي حنيفة خلافا لهما وسناتي المسئلة في موضعها ان شاء الله تعالى وفي قول محمد لا يجوز حتى يجيزه الولي او الحاكم ولا يحل للزوج وطيها قبل الاجازة ولو وطيها يكون وطيا حراما ولا يقع عليها طلاقه وظهاره وايلاؤه ولو مات احدهما لم يرثه الاخر سواء زوجت نفسها من كفو او من غير كفو وهو قول ابي يوسف الاخر روى الحسن بن زياد عنه وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انها اذا زوجت نفسها من كفو ينفذ وتثبت ساير الاحكام وروي عن محمد انه ان كان للمراة ولي لا يجوز نكاحها الا باذنه وان لم يكن لها ولي جاز نكاحها على نفسها وروي عن محمد انه رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقول الشافعي مثل قول محمد في ظاهر الرواية انه لا يجوز نكاحها بدون الولي الا انهما اختلفا فقال محمد ينعقد النكاح بعبارتها وينفذ باذن الولي واجازته وينعقد بعبارة الولي وينفذ باذنها واجازتها فعند الشافعي لا عبارة للنساء في باب النكاح اصلا حتى لو توكلت امراة بنكاح امراة من وليها فزوجت لم يجز عنده وكذا اذا زوجت بنتها باذن القاضي لم يجز احتج الشافعي بقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وهذا خطاب للاولياء والايم اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ومتى تثبت الولاية عليها كانت هي مولى عليها ضرورة فلا تكون والية وقوله صلى الله عليه وسلم لا تزوج النساء الا الاولياء وقوله لا نكاح الا بولي ولان النكاح من جانب النساء عقد اضرار بنفسه وحكمه وثمرته اما نفسه فانه رق واسر قال النبي صلى الله عليه وسلم النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته وقال اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان اي اسيرات

والارقاق

والارقاق اضرار واما حكمه فانه ملك فالزوج يملك التصرف في منافع بضعها استيفاء بالوطي واسقاطا بالطلاق ويملك حجرها عن الخروج والبروز والتزوج بزوج اخر واما ثمرته فالاستفراش كرها وجبرا ولا شك ان هذا ضرر الا انه قد ينقلب مصلحة وينجبر بما فيه من الضرر اذا وقع وسيلة الى المصالح الظاهرة والباطنة ولا يستدرك ذلك الا بالراي الكامل والمراة ناقصة بنقصان عقلها فبقي النكاح مضرة فلا تملكه **واحتج** محمد رحمه الله بما روي عن عايشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل والباطل من التصرفات الشرعية ما لا حكم له شرعا كالبيع الباطل ونحوه ولان للاولياء حقا في النكاح بدليل ان لهم حق الاعتراض والفسخ ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه والتصرف في حق الانسان يتوقف على جوازه اجازة صاحب الحق كالامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها **وجه** ما روي عن ابي يوسف انها اذا زوجت نفسها من كفو ينفذ لان حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يوجب لحوق العار والشين بهم بنسبة من لا يكافيهم بالصهرية اليهم وقد بطل هذا المعنى بالتزويج من كفو وتحقيقه انها لو وجدت كفوا وطالبت من الولي الانكاح منه لا يحل له الامتناع ولو امتنع يصير عاضلا فصار عقدها والحالة هذه بمنزلة عقده بنفسه **وجه** ما روي عن محمد من الفرق بين ما اذا كان لها ولي وبين ما اذا لم يكن لها ولي ان توقف العقد على اذن الولي كان لحق الولي لا لحقها فاذا لم يكن لها ولي فلا حق للولي فكان الحق لها خاصة فاذا عقدت فقد تصرفت في خالص حقها فينفذ **واما** اذا زوجت نفسها من كفو وبلغ الولي فامتنع من الاجازة ورفعت امرها الى الحاكم فانه يجيزه في قول ابي يوسف وقال محمد يستانف العقد **وجه** قول محمد ان العقد كان موقوفا على اجازة الولي فاذا امتنع من الاجازة فقد رد فيرتد ويبطل من الاصل فلا بد من الاستيناف **وجه** قول ابي يوسف انه بالامتناع صار عاضلا اذ لا يحل له الامتناع فقد عضلها فخرج من ان يكون وليا وانتقلت الولاية الى الحاكم ولابي حنيفة رحمه الله الكتاب والسنة والاستدلال **اما** الكتاب فقوله تعالى وامراة مومنة ان وهبت نفسها الاية نص على انعقاد النكاح بعبارتها وانعقاده بلفظ الهبة فكانت حجة على المخالف في المسئلتين وقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والاستدلال به من وجهين احدهما انه اضاف النكاح اليها فيقتضي جواز النكاح منها والثاني انه جعل انكاح المراة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا ينتهي وقوله تعالى فلا

جناح عليهما ان يتراجعا اي بينا لها اضاف النكاح اليهما من غير ذكر الولي
وقوله تعالى واذا طلقتم النسا فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن
الاية والاستدلال به من وجهين احدهما انه اضاف النكاح اليهن فيدل
على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي والثاني انه نهي الاوليا
عن المنع عن نكاحهن انفسهن من ازواجهن اذا تراضوا الزوجان والنهي
يقتضي تصور المنهي عنه واما السنة فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للولي مع الثيب امر وهذا قطع
ولاية الولي عنها وروي عنه ايضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامراة لا زوج لها واما
الاستدلال فهو انها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولي نفسها في النكاح
فلا يبقى موليا عليها كالصبي العاقل اذا بلغ والجامع ذلك ان ولاية الانكاح انما
تثبت على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا للاب صح
مصلحة الدين والدنيا وحاجتها اليه حالا ومالا وكونها عاجزة عن احراز
ذلك بنفسها وكون الاب قادرا عليه وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة
وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها وتثبت
الولاية لها لان النيابة الشرعية انما تثبت بطريق الضرورة نظرا فتزول
بزوال الضرورة مع ان الحرية منافية لثبوت الولاية على الحر وثبوت الثني للحر صح ان
مع المنافي لا يكون الا بطريق الضرورة ولهذا المعنى زالت ولاية الاب
عن انكاح الصغير العاقل اذا بلغ وتثبت الولاية له وهذا المعنى موجود
في النوع ولهذا زالت ولاية الاب عن التصرف في مالها وتثبت الولاية
لها كذا هذا واذا صارت ولي نفسها في النكاح لا يبقى موليا عليها ضرورة
لما فيه من الاستحالة واما الاية فالخطاب للاوليا بالانكاح ليس يدل على
ان الولي شرط جواز النكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس
فان النسا لا يتولين النكاح عادة بانفسهن لما فيه من الحاجة الى الخروج الى
محافل الرجال وفيه نسبتهن الى الوقاحة بل الاوليا هم الذين يتولون ذلك
عليهن برضاهن فخرج الخطاب بالامر بالانكاح مخرج العرف والعادة
على الندب والاستحباب دون الحتم والايجاب والدليل عليه ما ذكر عقيبه
وهو قوله تعالى والصالحين من عبادكم وامايكم ثم لم يكن الصلاح شرط الجواز
نظيره قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا او نحمل الاية على انكاح الصغاير
عملا بالدلايل كلها وعلى هذا نحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النسا الا الاوليا
ان ذلك على الندب والاستحباب وكذا قوله لا نكاح الا بولي مع ما حكي عن

بعض

لبعض النقلة ان ثلاثة احاديث لم تصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من
جملتها هذا ولهذا لم تخرج في الصحيحين على انا نقول بموجب الاحاديث لكن
لم قلتم ان هذا انكاح بغير ولي بل المراة ولية نفسها لما ذكرنا من الدلايل
والله اعلم واما قوله النكاح عقد ضرر فممنوع بل هو عقد منفعة لاشتماله
على مصالح الدين والدنيا من السكن والالفة والمودة والتناسل والعفة
عن الزنا واستيفا المراة بالنفقة الا ان هذه المصالح لا تحصل الا بضرب
ملك عليها اذ لو لم يكن لا تصير ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج اخر
ففي الخروج والبروز فساد السكن لان قلب الزوج لا يطمين اليها وفي التزوج
بزوج اخر فساد الفراش لانها اذا جات بولد يشتبه النسب ويضيع الولد
فالشرع ضرب عليها نوع ملك ضرورة حصول المنافع فكان الملك وسيلة المصالح
الى المصالح والوسيلة الى المصلحة مصلحة وتسمية النكاح رقا بطريق التمثيل
لا بطريق التحقيق لانعدام حقيقة الرق وقوله عقلها ناقص قلنا هذا
النوع من النقصان لا يمنع العلم بمصالح النكاح ولا يسلب اهلية النكاح ولهذا
لم يسلب اهلية ساير التصرفات من المعاملات والديانات حتى يصح منها
التصرف في المال على طريق الاستبداد وان كانت تجري في التصرفات المالية
خيانات خفية لا تدرك الا بالتامل ويصح منها الاقرار بالحدود والقصاص
ويتوجه عليها الخطاب بالايمان وساير الشرايع فدل على ان ما لها من العقل
كاف والدليل عليه انه اعتبر عقلها في اختيار الازواج حتى لو طلبت
من الولي ان يزوجها من كفو يفترض عليه التزويج حتى لو امتنع يصير
عاضلا وينوب القاضي منابه في التزويج واما حديث عايشة رضي الله
عنها فقد قيل ان مداره على الزهري فعرض عليه فانكره وهذا يورث
ضعفا في الثبوت يحقق الضعف ان راوي الحديث عايشة رضي الله عنها
ومن مذهبها جواز النكاح بغير ولي والدليل عليه ما روي انها زوجت
بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير واذا كان مذهبها في هذا
الباب هذا فكيف تروي حديثا لا تعمل به ولين ثبت فنحمله على الامة لانه روي في
بعض الروايات ايما امراة نكحت بغير اذن مواليها ذكر ذكر الموالي على ان
المراد من المراة الامة وليكون عملا بالدلايل اجمع واما قوله
محمد ان للولي حقا في النكاح فنقول الحق في النكاح لها على الولي لا للولي
عليها بدليل انها تزوج على الولي اذا غاب غيبة منقطعة واذا كان حاضرا
يجبر على التزويج واذا ابى وعضل تزوج عليه والمراة لا تجبر على النكاح
اذا ابت واراد الولي فدل ان الحق لها عليه ومن ترك حق نفسه في عقد له

قبل غيره لم يوجب ذلك فساده على انه ان كان للولي فيه ضرب حق لكن اثره في
المنع من اللزوم لا في المنع من النفاذ والجواز لان حق الاوليا في النكاح
من حيث صيانتهم عما يلحقهم من الشين والعار بنسبة غير الكفو اليهم بالصهرية
فان زوجت نفسها كفوا فقد حصلت الصيانة وزال المانع فيلزم وان زوجت
من غير كفو ففي النفاذ ضرر بالاوليا وفي عدم النفاذ ضرر بها بابطال
اهليتها والاصل في الضررين اذا اجتمعا ان يدفعا ما امكن وهاهنا
امكن دفعهما بان نقول بنفاذ النكاح دفعا للضرر عنها وبعدم اللزوم وثبوت
ولاية الاعتراض للاوليا دفعا للضرر عنهم ولهذا نظير في الشريعة بان العبد
المشترك بين اثنين اذا كاتب احدهما نصيبه نفذ دفعا للضرر عنه حتى
لو ادى بدل الكتابة يعتق لكنه لم يلزم حتى كان للشريك الاخر حق فسخ
الكتابة قبل ادا البدل دفعا للضرر عنه وكذا العبد اذا احرم بحج او بعمرة
صح احرامه حتى لو اعتق يمضي في احرامه لكنه لم يلزم حتى ان للمولى ان يحلله
دفعا للضرر عنه وكذلك للشفيع حق تملك الدار بالشفعة دفعا للضرر عن
نفسه ثم لو وهب المشتري الدار نفذت هبته دفعا للضرر عنه لكنها لا
تلزم حتى ان للشفيع حق نقض الهبة والاخذ بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه
كذا هنا **فصل** واما شرط التقدم فقرب القرابة فيتقدم الاقرب
على الابعد سوا كانت في العصبات او في غيرها على اصل ابي حنيفة رحمه
الله وعلى اصلهما هذا شرط التقدم لكن في العصبات خاصة بناء على ان العصوبة
شرط ثبوت اصل الولاية عندهما وعنده هي شرط التقدم على غيرها
من القرابات فما دام ثم عصبة فالولاية لهم يتقدم الاقرب منهم على الابعد
وعند عدم العصبات تثبت الولاية لذوي الرحم الاقرب منهم يتقدم على
الابعد وانما اعتبر الاقرب فالاقرب في الولاية لان هذه ولاية نظر
وتصرف الاقرب انظر في حق المولى عليه لانه اشفق فكان هو اولى من
الابعد ولان الولاية ان كان استحقاقها بالتعصيب كما قالا فالابعد لا
يكون عصبة مع الاقرب فلا يلي معه وان كان استحقاقها بالوراثة
كما قال ابو حنيفة رحمه الله فالابعد لا يرث مع الاقرب فلا يكون وليا
معه واذا عرف هذا فنقول اذا اجتمع الاب والجد في الصغير
والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة فالاب اولى من الجد ابا
الاب والجد اب الاب وان علا اولى من الاخ لاب وام والاخ اولى من
العم هكذا وعند ابي يوسف ومحمد الجد والاخ سيان في الميراث فان
الاخ لا يرث مع الجد عنده فكان بمنزلة الاجنبي وعندهما يشتركان

في

اذا زوجت نفسها من غير كفو صح

من اللزوم صح

ان كان صح

فشيئان احدهما العصوبة عند ابي حنيفة فتتقدم العصبة على ذوي الرحم سوا كانت العصبة اقرب او ابعد وعندهما هي شرط ثبوت اصل الولاية على ما مر والثاني صح

لوجود العصوبة والقرابة

او لاب صح

في الميراث فكانا كالاخوين وان اجتمع الاب والابن في المجنونة فالابن اولى
عند ابي يوسف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول ابي حنيفة
مع قول ابي يوسف وروى المعلى عن ابي يوسف انه قال ايهما زوج جاز
وان اجتمعا قلت للاب زوج وقال محمد الاب اولى به **وجه** قوله ان
هذه الولاية تثبت نظرا للمولى عليه وتصرف الاب انظر لها لكونه اشفق
عليها من الابن ولهذا كان هو اولى بالتصرف في مالها ولان الاب من قومها
والابن ليس منهم الا ترى انه ينتسب الى ابيه فكان اثبات الولاية عليها
لقرابتها اولى **وجه** قول ابي يوسف ان ولاية التزويج مبنية على
العصوبة والاب مع الابن اذا اجتمعا فالابن هو العصبة والاب صاحب
فرض فكان كالاخ لام مع الاخ لاب وام **وجه** رواية المعلى انه وجد
في كل واحد منهما ما هو سبب التقدم اما الاب فلانه من قومها وهو اشفق
عليها واما الابن فلانه يرثها بالتعصيب وكل واحد من هذين سبب
التقدم فايهما زوج جاز وعند الاجتماع يتقدم الاب تعظيما واحتراما
له وكذلك اذا اجتمع الاب وابن الابن وان سفل فهو على هذا الخلاف
والافضل في المسلمين ان يفوض الابن الانكاح الى الاب احتراما للاب واحترازا
عن موضع الخلاف وعلى هذا اذا اجتمع الجد والابن قال ابو يوسف الابن
اولى وقال محمد الجد اولى والوجه في الجانبين على نحو ما ذكرنا واما الجد
والاخ فهو على الخلاف الذي ذكرنا بين ابي حنيفة وصاحبيه واما من
غير العصبات فكل من يرث يزوج عند ابي حنيفة رحمه الله من الاولياء
من يرث منهم ومن لا يرث يعرف في كتاب الفرايض ثم انما يتقدم الاقرب
على الابعد اذا كان الاقرب حاضرا او غايبا غيبة غير منقطعة فاما اذا
كان غايبا غيبة منقطعة فللابعد ان يزوج في قول اصحابنا الثلاثة وعند
زفر لا ولاية للابعد مع قيام الاقرب بحال وقال الشافعي يزوجها السلطان
واختلف مشايخنا في ولاية الاقرب انها تزول بالغيبة او تبقى قال بعضهم
انها باقية الا انه حدثت للابعد ولاية لغيبة الاقرب فيصير كان لها
وليين مستويين في الدرجة كالاخوين والعمين وقال بعضهم تزول
ولايته وتنتقل الى الابعد وهو الاصح **وجه** قول زفر ان ولاية
الاقرب قايمة لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة ولهذا
لو زوجها حيث هو يجوز وقيام ولايته يمنع الانتقال الى غيره والشافعي
يقول ان ولاية الاقرب باقية كما قال زفر الا انه امتنع دفع حاجتها من
قبل الاقرب مع قيام ولايته عليها بسبب الغيبة فتثبت الولاية للسلطان

الخلاف صح

يمنع صح

كما اذا خطبها كفو وامتنع الولي من تزوجها منه ان للقاضي ان يزوجها والجامع بينهما
دفع الضرر عن الصغيرة ولنا ان في ثبوت الولاية للابعد زيادة نظر
في حق العاجز فتثبت له الولاية كما في الاب مع الجد اذا كانا حاضرين ودلالة
ما قلناه ان الابعد اقدر على تحصيل النظر للعاجز لان مصالح النكاح متضمنة
تحت الكفاءة والمهر ولا شك ان الابعد متمكن من احراز الكفو الحاضر بحيث
لا يفوته غالبا والاقرب الغائب غيبة منقطعة لا يقدر على احرازه غالبا
لان الكفو الحاضر لا ينتظر حضوره واستطلاع رايه غالبا وكذا الكفو
المطلق لان المراة تخطب حيث هي عادة فكان الابعد اقدر على احراز الكفو
من الاقرب فكان اقدر على احراز النظر فكان اولى بثبوت الولاية له
اذ المرجوح في مقابلة الراجح ملحق بالعدم في الاحكام كما في الاب مع الجد
واما قوله ان ولاية الاقرب قائمة فممنوع ولا نسلم انه يجوز انكاحه
بل لا يجوز وولايته منقطعة بواحدة وقد روي عن اصحابنا ما يدل على هذا
فانهم قالوا ان الاقرب اذا كتب كتابا الى الابعد ليقدم رجلا في الصلاة
على جنازة الصغير فان للابعد ان يمتنع عن ذلك ولو كان الاقرب حاضرا
كانت ولاية الاقرب قائمة لما كان له الامتناع كما اذا صح
فقدم رجلا ليس للابعد ولاية المنع والمعقول يدل عليه وهو ان ثبوت
الولاية لحاجة المولى عليه ولا مدفع لحاجته براي الاقرب لخروجه
من ان يكون منتفعا به بالغيبة فكان ملحقا بالعدم فصار كانه جن او مات
اذ الموجود الذي لا ينتفع به والعدم الاصلي سواء ولان القول بثبوت الولاية
للابعد مع ولاية الاقرب يودي الى الفساد لان الاقرب ربما يزوجها من
بقاء صح
انسان حيث هو ولا علم للابعد بذلك فيزوجها من غيره فيطاها الزوج
الثاني ويجيء بالاولاد ثم يظهر انها زوجة الاول وفيه من الفساد ما لا
يخفى ثم ان سلمنا على قول بعض المشايخ فالولاية بين الولايتين فايهما
زوج جاز كما اذا كان لها اخوان او عمان في درجة واحدة وفيه
كمال النظر في حق العاجز لان الكفو ان اتفق حيث الابعد زوجها منه وان
اتفق حيث الاقرب زوجها منه فيكمل النظر الا ان في حال الحضرة يرجح
الاقرب باعتبار زيادة الشفقة لزيادة القرابة وبه تبين ان نقل
الولاية الى السلطان باطل لان السلطان ولي من لا ولي له وههنا لها ولي
او وليان فلا تثبت الولاية للسلطان الا عند العضل من الولي ولم يوجد
والله الموفق واختلف الاقاويل في تحديد الغيبة المنقطعة عن ابي يوسف
روايتان في رواية قال ما بين بغداد والري وهو في رواية مسيرة شهر
فصاعدا وما دونه ليس بغيبة منقطعة وعن محمد روايتان ايضا روي عنه

ما بين

ما بين الكوفة والري وروي عنه من الرقة الى البصرة وذكر ابن شجاع اذا
كان غائبا في موضع لا يصل اليه القوافل والرسل في السنة غير مرة فليست
الا مرة واحدة فهو غيبة منقطعة وان كانت القوافل تصل اليه في السنة صح
بمنقطعة وعن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه قال ان كان
الاقرب في موضع يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رايه فهو غيبة منقطعة
وان كان لا يفوت فليست بمنقطعة وهذا اقرب الى الفقه لان التعويل في
الولاية على تحصيل النظر للمولى عليه ودفع الضرر عنه وذلك فيما قاله هذا
اذا اجتمع في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة وليان
احدهما اقرب والاخر ابعد فاما اذا كانا في الدرجة على السواء كالاخوين
والعمين ونحو ذلك فلكل واحد منهما على حياله ان يزوج رضي الاخر او سخط
بعد ان كان التزوج من كفو بمهر وافر وهذا قول عامة العلماء وقال مالك
ليس لاحد الاولياء ولاية الانكاح ما لم يجتمعوا بناء على ان هذه الولاية ولاية
شركة عنده وعند العامة ولاية استبداد وجه قوله ان سبب ثبوت
هذه الولاية هو القرابة وانها مشتركة بينهم فكانت الولاية مشتركة
لان الحكم يثبت على وفق العلة وصارت كولاية الملك فان الجارية بين
اثنين اذا زوجها احدهما لا يجوز من غير رضى الاخر كذا هذا ولنا
ان الولاية لا تتجزى ثبت بسبب لا يتجزى وهو القرابة وما لا يتجزى اذا
التي صح
ثبت لجماعة بسبب لا يتجزى يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه
غيره كولاية الامان بخلاف ولاية الملك لان سببها الملك وانه متجزي
فيتقدر بقدر الملك فان زوجها كل واحد من الوليين رجلا على حدة فان
وقع العقدان معا بطلا جميعا لانه لا سبيل الى الجمع بينهما وليس احدهما
باولى من الاخر وان وقعا مرتبا فان كان لا يدري السابق منهما فكذلك
لما قلنا ولانه لو جاز لجاز بالتحري ولا يجوز العمل بالتحري في الفروج وان علم
السابق منهما من اللاحق جاز الاول ولم يجز الاخر وقد روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال اذا انكح الوليان فالاول احق واما اذا زوج احد
الاولياء الحرة العاقلة البالغة برضاها من غير كفو بغير رضى الباقين فحكمه
نذكره في شرائط اللزوم ان شاء الله تعالى فصل واما ولاية الولاء
فسبب ثبوتها هو الولاء قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب
ثم النسب سبب لثبوت الولاية والولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة
كذا الولاء صح
اما ولاء العتاقة فنوعان ولاية حتم وايجاب وولاية ندب واستحباب
فولاية ولاء العتاقة صح
عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد ولاية استبداد وولاية شركة على
ما بينا في ولاية القرابة وشرط ثبوت هذه الولاية ما هو شرط ثبوت تلك

الولاية الا ان هذه الولاية اختصت بشرط وهو ان لا يكون للمعتق عصبة
من جهة القرابة فان كانت فلا ولاية للمعتق لانه لا ولاء له لان مولى العتاقة
اخر العصبات وان لم يكن ثم عصبة من جهة القرابة فله ان يزوج سوا كان
المعتق ذكرا او انثى واما مولى الموالاة فله ولاية التزويج في قول ابي
حنيفة رحمه الله عند استجماع ساير الشروط والعدام ساير الورثة لانه
اخر الورثة وعند ابي يوسف ومحمد ليست له ولاية التزويج اصلا
وراسا لان العصوبة شرط الولاية عندهما ولم توجد **فصل** واما
ولاية الامام فسببها الامامة وولاية الامامة نوعان ايضا كولاية القرابة
وشرطها ما هو شرط تلك الولاية في النوعين جميعا ولها شرطان اخران
احدهما يعم النوعين جميعا وهو ان لا يكون هناك ولي اصلا لقوله صلى الله
عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له والثاني يخص احدهما وهو ولاية
الندب والاستحباب او ولاية الشركة على اختلاف الاصلين وهو العضل
من الولي لان الحرة العاقلة البالغة اذا طلبت الانكاح من كفوء وجب عليه
التزويج منه لانه منهي عن العضل والنهي عن الشي امر بضده فاذا امتنع فقد
اضر بها والامام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية اليه وليس للوصي ولاية
الانكاح لانه يتصرف بالامر فلا يعدو موضع الامر كالوكيل وان كان
الميت اوصى اليه لا يملك ايضا لانه اراد بالوصاية اليه نقل ولاية الانكاح
وانها لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت وكذا الفضولي لانعدام
سبب ثبوت الولاية في حقه اصلا ولو انكح ينعقد موقوفا على الاجازة
عندنا وعند الشافعي لا ينعقد اصلا وتذكر المسلة في كتاب البيوع ان
شا الله تعالى **فصل** ومنها الشهادة وهي حضور الشهود والكلام في
هذا الشرط في ثلاثة مواضع احدها في بيان ان اصل الشهادة شرط
جواز النكاح ام لا والثاني في بيان صفات الشاهد الذي ينعقد النكاح
بحضوره والثالث في بيان وقت الشهادة اما الاول فقد اختلف
اهل العلم فيه قال عامة العلما ان الشهادة شرط جواز النكاح وقال
مالك ليست بشرط وانما الشرط هو الاعلان حتى لو عقد النكاح وشرطا
الاعلان جاز وان لم يحضره شهود ولو حضرته شهود وشرطا عليهم الكتمان
لم يجز ولا خلاف في ان الاشهاد في ساير العقود ليس بشرط لكنه مندوب
اليه ومستحب قال الله تعالى في باب المداينة يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم
بدين الى اجل مسمى فاكتبوه والكتابة لا تكون لنفسها بل للاشهاد ونص عليه بقوله
واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال في باب الرجعة واشهدوا ذوي

عدل

عدل **وجه** قول مالك ان النكاح انما يمتاز عن السفاح بالاعلان فان
الزنا يكون سرا فيجب ان يكون النكاح علانية وقد روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح السر والنهي عن السر يكون امرا بالاعلان
لان النهي عن الشي امر بضده وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اعلنوا
النكاح ولو بالدف **ولنا** ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا نكاح الا بشهود وروي لا نكاح الا بشاهدين وعن عبد الله بن
عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الزانية التي
تنكح نفسها بغير بينة ولو لم تكن الشهادة شرطا لم تكن زانية بدونها ولان
الحاجة مست الى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع الا بالشهود لانها لا تندفع
الا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر الا بقول الشهود وبه تبين ان الشهادة
في النكاح ما شرطت للحاجة الى دفع الجحود والانكار لان ذلك يندفع
بالظهور والاشتهار لكثرة الشهود على النكاح بالسماع من العاقدين وبالتسامع
وبهذا فارق ساير العقود فان الحاجة الى الشهادة هناك لدفع احتمال
السهو والنسيان او الجحود والانكار في الثاني اذ ليس بعدها ما يشهرها
فيندفع به الجحود فتقع الحاجة الى الدفع بالشهادة فيندب اليها وما روي
انه نهى عن نكاح السر فنقول بموجبه لكن نكاح السر ما لم يحضره شاهدان
فاما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر اذ السر اذا جاوز
اثنين خرج من ان يكون سرا قال الشاعر

وسرك ما كان عند امرئ ۞ وسر الثلاثة غير الخفي

وكذلك قوله اعلنوا النكاح لانهما اذا احضراه شاهدين فقد اعلناه
وقوله ولو بالدف ندب الى زيادة اعلان وهو مندوب اليه والله الموفق
فصل واما صفات الشاهد الذي ينعقد به النكاح وهو شرايط
تحمل الشهادة للنكاح فمنها العقل ومنها البلوغ ومنها الحرية فلا ينعقد النكاح
بحضرة المجانين والصبيان والمماليك سوا كان المملوك قنا او مدبرا او مكاتبا
من مشايخنا من اصل في هذا اصلا فقال كل من صلح ان يكون وليا في النكاح بولاية
نفسه يصلح شاهدا فيه ومن لا فلا وهذا الاعتبار صحيح لان الشهادة من باب
الولاية لانها تنفيذ القول على الغير والولاية هي نفاذ المشيئة وهؤلاء ليس
لهم ولاية الانكاح لانه لا ولاية لهم على انفسهم فكيف يكون لهم ولاية على غيرهم
الا المكاتب فانه يزوج امته لكن لا بولاية نفسه بل بولاية مولاه بتسليطه
على ذلك بعقد الكتابة فكان التزويج من المولى من حيث المعنى فلا يصلح شاهدا
ومنهم من قال كل من يملك قبول عقد بنفسه ينعقد ذلك العقد بحضوره

ومن لا ولاية له هذا الاعتبار صحيح ايضاً لان الشهادة ليست من شرايط ركن العقد
وركنه هو الايجاب والقبول ولا وجود للركن بدون القبول وكما لا وجود
للركن بدون القبول لا وجود له شرعاً بدون الشهادة وهؤلاء لا يملكون قبول
العقد بانفسهم فلا ينعقد النكاح بحضورهم وعن ابي يوسف رحمه الله انه اصل
فيه اصلاً وقال كل من جاز الحكم بشهادته في قول بعض الفقهاء ينعقد النكاح
بحضوره ومن لا يجوز الحكم بشهادته عند احد لا يجوز بحضوره وهذا الاعتبار
صحيح ايضاً لان الحضور لفائدة الحكم بها عند الاداء فاذا جاز الحكم بها
في الجملة كان الحضور مفيداً ولا يجوز الحكم بشهادة هؤلاء عند احد من الفقهاء
الا ترى ان قاضياً لو قضى بشهادتهم ينفسخ عليه قضاؤه **فصل** ومنها
الاسلام في نكاح المسلم المسلمة فلا ينعقد نكاح المسلم المسلمة بشهادة
الكفار لان الكافر ليس من اهل الولاية على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً وكذا لا يملك الكافر قبول نكاح المسلم
ولو قضى قاض بشهادته على المسلم ينقض قضاؤه **واما** المسلم اذا تزوج
ذمية بشهادة ذميين فانه يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف سواء كانا
موافقين لها في الملة او مخالفين وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز اما الكلام
مع الشافعي مبني على ان شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض مقبولة على اصل
اصحابنا وعلى اصله غير مقبولة واما الكلام مع محمد وزفر فانهما احتجا
بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي
عدل والمراد منه عدالة الدين لا عدالة التعاطي لاجماعنا ان فسق
التعاطي لا يمنع انعقاد النكاح ولان الاشهاد شرط جواز العقد والعقد يتعلق
وجوده بالطرفين طرف الزوج وطرف المراة ولم يوجد الاشهاد على الطرفين
لان شهادة الكافر حجة في حق الكافر ليست بحجة في حق المسلم فكانت شهادته
في حقه ملحقة بالعدم فلم يوجد الاشهاد في جانب الزوج فصار كانهما سمعا
كلام المراة دون كلام الرجل ولو كان كذلك لم يجز النكاح كذا هذا ولهما
عمومات النكاح من الكتاب والسنة نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من
النساء وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم الاية وقول النبي صلى الله عليه وسلم
تزوجوا ولا تطلقوا وقوله تناكحوا وغير ذلك مطلقاً عن شرط الا ان
اصل الشهادة واسلام الشاهد صار شرطاً في نكاح الزوجين المسلمين
بالاجماع فمن ادعى كونه شرطاً في نكاح المسلم الذمية فعليه الدليل وروي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وروي لا نكاح
الا بشاهدين والاستثناء من النفي اثبات ظاهراً وهذا نكاح بشهود لان

الشهادة

حقيقة صح

نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين صح

فهو صح

والعقد صح

الشهادة في اللغة عبارة عن الاعلام او البيان والكافر من اهل الاعلام
والبيان لان ذلك يقف على العقل واللسان والعلم بالمشهود به وقد وجد
الا ان شهادته على المسلم خصت عن عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم داخلة
تحته ولان الشهادة من باب الولاية لما بينا والكافر الشاهد يصلح ولياً
في هذا العقد بولاية نفسه ويصلح قابلاً لهذا العقد بنفسه فيصلح شاهداً
وكذا يجوز للقاضي الحكم بشهادة هذه للمسلم لانه محل الاجتهاد على ما نذكر
ولو قضى لا ينقض قضاؤه فينعقد النكاح بحضوره **واما الحديث** فقد
قيل انه ضعيف ولئن ثبت فيحمل على نفي الندب والاستحباب توفيقاً بين
الدلايل واما قوله العقد خلا عن الاشهاد في جانب الزوج لان شهادة
الكافر ليست بحجة في حق المسلم فنقول شهادة الكافر ان لم تصلح حجة
للكافر على المسلم تصلح حجة للمسلم على الكافر لانها انما لم تصلح حجة على المسلم
لانها من باب الولاية وفي جعلها على المسلم اثبات الولاية للكافر على
المسلم وهذا لا يجوز وهذا المعنى لم يوجد ها هنا لانا اذا جعلناها حجة
للمسلم كان فيه اثبات الولاية للكافر على الكافر وهذا جايز فان سلمنا ان قوله
ليس بحجة في حق المسلم لكن سماع من قوله حجة ليس بشرط لانعقاد النكاح
فانه ينعقد بحضرة من لا تقبل شهادته على ما نذكر وهل يظهر نكاح المسلم
الذمية بشهادة ذميين عند الدعوى ينظر في ذلك ان كانت المراة هي
المدعية للنكاح على المسلم والمسلم منكر لا يظهر بالاجماع لان هذه شهادة
الكافر على المسلم وانها غير مقبولة وان كان الزوج هو المدعي والمراة
منكرة فعلى اصل ابي حنيفة وابي يوسف يظهر واختلف المشايخ على اصل
محمد قال بعضهم يظهر كما قالا وقال بعضهم لا يظهر ووجهه ان الامر لا يخلوا
اما ان يشهدا على نكاح حضراه واما ان يشهدا على نكاح حضراه ومسلمان
ايضاً غيرهما فان شهدا على نكاح حضراه فقط لا تقبل شهادتهما لان هذه
شهادة على نكاح فاسد عنده وان شهدا على انهما حضراه ومعهما مسلمان
لا تقبل ايضاً لان هذه وان كانت شهادة الكافر على الكافر لكن فيها اثبات
فعل المسلم فيكون شهادة على المسلم فلا تقبل كمسلم ادعى عبداً بيد ذمي فجحد
الذمي دعوى المسلم وزعم ان العبد عبده فاقام المسلم شاهدين ذميين
على ان العبد عبد فلان قضى له به على هذا الذمي قاض لا تقبل شهادتهما وان كانت
هذه شهادة الكافر على الكافر لكن لما كان فيها اثبات فعل المسلم بشهادة الكافر
وهو قضاء القاضي لم يقبل كذا هذا ووجه الكلام لابي حنيفة وابي يوسف على نحو
ما ذكرنا في جانب الانعقاد ان الشهادة من باب الولاية وللكافر ولاية على

حجة صح

سواء فلا الشاهدان كانا معنا عند العقد رجلان مسلمان او لم يقولا ذلك صح

ووجهه ان هذه شهادة قامت على نكاح فاسد او على اثبات فعل المسلم لانهما ان شهدا على نكاح حضراه فقط لا تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على نكاح فاسد عنده

الكافر ولو كان الشاهدان وقت التحمل كافرين ووقت الاداء مسلمين فشهد الزوج فعلى اصلهما لا يشكل انه تقبل شهادتهما لانهما لو كانا في الوقتين جميعا كافرين يقبل فها هنا اولى واختلف المشايخ على اصل محمد قال بعضهم يقبل وقال بعضهم لا يقبل

فصل ومنها سماع الشاهدين كلام العاقدين جميعا حتى لو سمعا كلام احدهما دون الاخر او سمع احدهما كلام احدهما والاخر كلام الاخر لا يجوز النكاح لان الشهادة اعني حضور الشهود شرط ركن العقد وركن العقد هو الايجاب والقبول فما لم يسمعا كلاهما لا يتحقق الشهادة عند الركن فلا يوجد شرط الركن

فصل ومنها العدد فلا ينعقد النكاح بشاهد واحد لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين واما عدالة الشاهد فليست بشرط لانعقاد النكاح عندنا فينعقد النكاح بحضور الفاسقين وعند الشافعي شرط ولا ينعقد الا بحضور من ظاهره العدالة واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولان الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان انما يثبت بالعدالة **ولنا** ان عمومات النكاح مطلقة عن شرط ثم اشتراط اصل الشهادة بصفاتها المجمع عليها يثبت بالدليل فمن ادعى شرط العدالة فعليه البيان ولان الفسق لا يقدح في اهلية التحمل وانما يقدح في الاداء فيظهر اثره في الاداء لا في الانعقاد وقد ظهر حتى لا يجب على القاضي القضاء بشهادته ولا يجوز ايضا الا اذا تحرى القاضي الصدق في شهادته وكذا كون الشاهد غير محدود في القذف ليس بشرط لانعقاد النكاح فينعقد بحضور المحدود في القذف عندنا ان كان قد تاب بعد ما حد ينعقد النكاح بالاجماع وان كان لا تقبل شهادته عندنا على التابيد خلافا للشافعي لان كونه مردود الشهادة على التابيد يقدح في الاداء لا في التحمل ولانه يصلح وليا في النكاح بولاية نفسه ويصح القبول منه بنفسه ويجوز القضاء بشهادته في الجملة فينعقد النكاح بحضوره وان حد ولم يتب او لم يتب ولم يحد ينعقد عندنا خلافا للشافعي وهي مسئلة شهادة الفاسق وكذا البصر للشاهد ليس بشرط فينعقد النكاح بحضور الاعمى لما ذكرنا ولان العمى لا يقدح الا في الاداء لتعذر التمييز بين المشهود عليه وبين المشهود له الا ترى انه لا يقدح في ولاية الانكاح ولا في قبول النكاح بنفسه ولا في المنع من جواز القضاء بشهادته فكان من اهل ان ينعقد النكاح بحضوره وكذا ذكورة الشاهدين ليست بشرط عندنا فينعقد النكاح بحضور رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعي شرط فلا ينعقد الا بحضور رجلين ويذكر المسئلة في كتاب الشهادات وكذا اسلام الشاهد ليس بشرط في نكاح الكافرين فينعقد نكاح الزوجين الكافرين بشهادة كافرين وكذا تقبل

شهادة

> بقبل صح — فمن قال تقبل نظر الى وقت الاداء ومن قال لا تقبل نظر الى وقت التحمل صح

> في ولاية الانكاح بنفسه لما ذكرنا في شرائط الولاية وكذا لا يقدح في ولاية القبول بنفسه فلا يقدح في الشهادة وكذا يجوز للحاكم الحكم بشهادته في الجملة ولو حكم لا ينقض حكمه لانه محل الاجتهاد فكان من اهل تحمل الشهادة والفسق لا يقدح صح

> في الجملة صح

شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض سواء اتفقت مللهم او اختلفت وهذا عندنا وعند الشافعي اسلام الشاهد شرط لا ينعقد نكاح الكفار بشهادة الكفار ولا تقبل شهادتهم ايضا والكلام في القبول نذكره في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى ونتكلم ها هنا في انعقاد الكفار احتج الشافعي بالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولا عدالة مع الكفر لان الكفر اعظم الظلم والخبث فلا يكون الكافر عدلا فلا ينعقد النكاح بحضوره **ولنا** قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين والاستثناء من النفي اثبات من حيث الظاهر والكفر لا يمنع كونه شاهدا لما ذكرنا ولهذا لا يمنع ان يكون وليا في النكاح بولاية نفسه ولا قابلا للعقد بنفسه ولا جواز القضاء بشهادته في الجملة وكذا كون شاهد النكاح مقبول الشهادة عليه ليس بشرط لانعقاد النكاح بحضوره فينعقد النكاح بحضور من لا تقبل شهادته عليه اصلا كما اذا تزوج امرأة بشهادة ابنيه منها وهذا عندنا وعند الشافعي لا ينعقد **وجه** قوله ان الشهادة في باب النكاح للحاجة الى صيانته عن الجحود والانكار والصيانة لا تحصل الا بالقبول فاذا لم تكن مقبول الشهادة لا تحصل الصيانة **ولنا** ان الاشهاد في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والانكار والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول على ان معنى الصيانة تحصل بسبب حضورهما وان كان لا يقبل شهادتهما لان النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما واذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة وكذا اذا تزوج امرأة بشهادة ابنيه لا منها او ابنيها لا منه يجوز لما قلنا ثم عند وقوع الجحود والانكار ينظر ان وقعت شهادتهما لواحد من الابوين لا تقبل وان وقعت عليه تقبل لان شهادة الابن لابويه غير مقبولة وشهادته عليهما مقبولة ولو زوج الاب ابنته من رجل بشهادة ابنيه وهما اخوا المرأة فلا شك انه يجوز النكاح واذا وقع الجحود بين الزوجين فان كان الاب مع الجاحد منهما ايهما كان تقبل شهادتهما لان هذه شهادة على الاب فتقبل وان كان الاب مع المدعي منهما ايهما كان لا تقبل شهادتهما عند ابي يوسف وعند محمد تقبل فابو يوسف نظر الى الدعوى والانكار وقال اذا كان الاب مع المنكر فشهادتهما تقع على الاب فتقبل واذا كان مع المدعي فشهادتهما تقع للاب لان التزويج كان من الاب فلا تقبل ومحمد نظر الى المنفعة وعدم المنفعة فقال ان كان للاب منفعة لا تقبل سواء كان مدعيا او منكرا وان لم يكن له منفعة تقبل وها هنا لا منفعة للاب فتقبل والصحيح نظر محمد رحمه الله لان المانع من القبول هو التهمة وانها تنشأ عن النفع وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا قال رجل لعبده ان كلمك زيد فانت حر ثم قال العبد كلمني زيد وانكر المولى فشهد للعبد ابنا زيد ان اباهما

> النكاح بشهادة

> فلو يمنع انعقاد نكاح الزوجين الكافرين بحضوره واسمه الموفق صح

فقد كلمه والمولى منكر تقبل شهادتهما في قول محمد رحمه الله سواء كان زيد يدعي الكلام او لا يدعي لانه لا منفعة لزيد في الكلام وعند ابي يوسف رحمه الله ان كان زيد يدعي الكلام لا تقبل وان كان لا يدعي تقبل وكذلك هذا الاختلاف فيمن توكل عن غيره في عقد ثم شهد ابنا الوكيل على العقد فان كان حقوق العقد لا ترجع الى العاقد تقبل شهادتهما عند محمد سواء ادعى الوكيل او لم يدع لانه ليس له منفعة وعند ابي يوسف ان كان يدعي لا تقبل وان كان منكرا تقبل

فصل

واما بيان وقت هذه الشهادة وهي حضور الشهود فوقتها وقت وجود ركن العقد وهو الايجاب والقبول لا وقت وجود الاجازة حتى لو كان العقد موقوفا على الاجازة فحضروا عند الاجازة ولم يحضروا عند العقد لم يجز لان الشهادة شرط ركن العقد فيشترط وجودها عند الركن والاجازة ليست بركن بل هي شرط النفاذ في العقد الموقوف وعند وجود الاجازة يثبت الحكم بالعقد من حين وجوده فتعتبر الشهادة في ذلك الوقت والله الموفق

فصل

ومنها كون المراة محللة وهي ان لا تكون محرمة على التابيد فان كانت محرمة على التابيد فلا يجوز نكاحها لان النكاح احلال واحلال المحرم على التابيد محال والمحرمات على التابيد ثلاثة انواع محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع

اما النوع الاول فالمحرمات بالقرابة سبع فرق الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الاية اخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات فاما ان يحمل على حقيقة هذا الكلام ويقال بحرمة الاعيان كما هو مذهب اهل السنة والجماعة وهي منع الله تعالى الاعيان عن تصرفنا فيها باخراجها من ان تكون محلا لذلك شرعا وهو التصرف الذي يعتاد ايقاعه في جنسها وهو الاستمتاع والنكاح واما ان يضمر فيه الفعل وهو الاستمتاع او النكاح وفي تحريم كل واحد منهما تحريم الاخر لانه اذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لم يكن النكاح مفيدا لخلوه عن العاقبة الحميدة فكان تحريم الاستمتاع تحريما للنكاح واذا حرم النكاح وانه شرع وسيلة الى الاستمتاع والاستمتاع هو المقصود فكان تحريم الوسيلة تحريما للمقصود من طريق الاولى اذا عرف هذا فنقول تحرم على الرجل امه بنص الكتاب وهو قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وتحرم عليه جداته من قبل ابيه وامه وان علون بدلالة النص لان الله تعالى حرم العمات والخالات وهن اولاد الاجداد والجدات فكانت الجدات اقرب منهن فكان تحريمهن تحريما للجدات من طريق الاولى كتحريم التافيف نصا يكون تحريما للشتم والضرب دلالة وعليه اجماع الامة ايضا وتحرم عليه بناته بالنص وهو قوله تعالى وبناتكم وتحرم بنات بناته وبنات ابنائه وان

محال والمحرمات على التابيد ثلاثة انواع محرمات بالقرابة صح

حقيقة صح

وتحرم عليه بنته بالنص وهو قوله تعالى وبناتكم سواء كانت بنته من النكاح او السفاح لعموم النص وقال الشافعي لا تحرم عليه البنت من السفاح لان نسبها لم يثبت منه فلا تكون مضافة اليه شرعا فلا يدخل تحت نص الارث والنفقة في قوله تع يوصيكم الله في اولادكم وفي قوله وعلى المولود له رزقهن كذا ههنا وانا نقول بنت الانسان اسم لانثى مخلوقة من مائه حقيقة والكلام فيه فكانت بنته حقيقة الا انه لا يجوز الاضافة اليه شرعا لما فيه من اشاعة الفاحشة وهذا لا ينفي النسبة الحقيقية لان الحقائق لا مرد لها وهكذا نقول في الارث والنفقة ان النسبة الحقيقية ثابتة الا ان الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعا لحرمان الارث والنفقة لمعنى ومن ادعى ذلك ههنا فعليه البيان صح

سفلن

سفلن بدلالة النص لانهن اقرب من بنات الاخ والاخت ومن الاخوات ايضا لان الاخوات اولاد ابيه وهن اولاد اولاده فكان ذكر الحرمة هناك ذكرا ههنا دلالة وعليه الاجماع ايضا وتحرم عليه اخواته وعماته وخالاته بالنص وهو قوله تعالى واخواتكم وعماتكم وخالاتكم سواء كن لاب وام او لاب او لام لاطلاق اسم الاخت والعمة والخالة وتحرم عليه عمة ابيه وخالته لاب وام او لاب او لام وعمة امه وخالتها لاب وام او لاب او لام تحرم بالاجماع وتحرم عليه بنات الاخ وبنات الاخت وبنات بنات الاخ والاخت وان سفلن بالاجماع ومنهم من قال ان حرمة الجدات وبنات البنات ونحوهن ممن ذكرنا يثبت بالنص ايضا لانطلاق الاسم عليهن فان جدة الانسان تسمى اما له وبنت بنته تسمى بنتا له فكانت حرمتهن ثابتة بعين النص لكن هذا لا يتضح الا على قول من يقول يجوز ان يراد الحقيقة والمجاز من لفظ واحد اذا لم يكن بين حكميهما منافاة لان اطلاق اسم الام على الجدة واطلاق اسم البنت على بنت البنت بطريق المجاز الا ترى ان من نفى اسم الام والبنت عنهما كان صادقا في النفي وهذا من العلامات التي تفرق بها بين الحقيقة والمجاز وقد ظهر اثر هذه التفرقة في الشرع ايضا حتى ان من قال لرجل لست انت بابن فلان لجده لا يصير قاذفا له حتى لا يؤخذ بالحد ولان نكاح هؤلاء يفضي الى قطع الرحم لان النكاح لا يخلو عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما وذلك يفضي الى قطع الرحم فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا اليه وقطع الرحم حرام والمفضي الى الحرام حرام وهذا المعنى يعم الفرق السبع لان قرابتهن محرمة القطع واجبة الوصل وتخص الامهات معنى اخر وهو ان احترام الام وتعظيمها واجب ولهذا امر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما والقول الكريم ونهى عن التافيف لهما فلو جاز النكاح والمراة تكون تحت امر الزوج وطاعته وخدمته مستحقة عليها للزمها ذلك وانه ينفي الاحترام ويؤدي الى التناقض ويحل له بنت العمة والخالة وبنت العم والخال لان الله تعالى ذكر المحرمات في اية التحريم ثم اخبر انه احل ما وراء ذلك بقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وبنات الاعمام والاخوال والعمات والخالات لم يذكرن في المحرمات فكن مما وراء ذلك فكن محللات وكذا عمومات النكاح لا يوجب الفصل ثم خص منها المحرمات المذكورات في اية التحريم فبقي غيرهن تحت العموم وقد ورد نص خاص في الباب وهو قوله تعالى يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجك الى قوله وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك الاية والاصل فيما ثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ان يثبت لامته والخصوص بدليل والله الموفق

فصل

او لاب صح

وكذا عمة جده وخالته وعمة جدته وخالتها لاب وام او لاب او لام تحرم بالاجماع صح

بالنص وهو قوله تع وبنات الاخ وبنات الاخت صح

حكميهما

واما النوع الثاني فالمحرمات بالمصاهرة اربع فرق الفرقة الاولى ام الزوجة
وجداتها من قبل ابيها وامها وان علون فيحرم على الرجل ام زوجته بنص الكتاب
وهو قوله تعالى وامهات نسائكم معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم
سواء كان دخل بزوجته او كان لم يدخل بها عند عامة العلماء وقال مالك وداود
الاصفهاني ومحمد بن شجاع البلخي وبشر المريسي ان ام الزوجة لا تحرم على الزوج
بنفس العقد ما لم يدخل بابنتها حتى ان من تزوج امراة ثم طلقها قبل الدخول بها
او ماتت لا يجوز له ان يتزوج بامها عند عامة العلماء وعندهم يجوز والمسئلة مختلفة
بين الصحابة روي عن عمر وعلي وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت وعمران ابن حصين
رضي الله عنهم مثل قول العامة وروي عن عبد الله بن مسعود وجابر رضي الله عنهما
مثل قولهم وهو احدى الروايتين عن علي وزيد بن ثابت وعن زيد بن ثابت انه فصل
بين الطلاق والموت فقال في الطلاق مثل قولهم وفي الموت مثل قول العامة
وجعل الموت كالدخول لانه بمنزلة الدخول في حق المهر فكذا في حق التحريم
احتج بقوله تعالى وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن ذكر امهات النساء وعطف ربائب النساء عليهن في التحريم بحرف
العطف ثم عقب الجملتين بشرط الدخول والاصل ان الشرط المذكور او الاستثناء
بمشية الله تعالى عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بحرف العطف كل جملة
مبتداه وخبره ينصرف الى الكل لا الى ما يليه خاصة كمن قال عبده حر وامراته
طالق وعليه حج بيت الله تعالى ان فعل كذا او قال ان شاء الله تعالى فهذا كذلك
فينصرف شرط الدخول الى الجملتين جميعا فلا تثبت الحرمة بدونه **ولنا** ان قوله
تعالى وامهات نسائكم كلام تام بنفسه منفصل عن المذكور بعده لانه مبتدا وخبر
اذ هو معطوف على ما تقدم ذكره من قوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الى قوله
وامهات نسائكم والمعطوف يشارك المعطوف عليه في خبره ويكون خبر الاول
خبرا للثاني كقولك جاءني زيد وعمرو معناه جاءني زيد وجاءني عمرو فكان معنى
قوله وامهات نسائكم اي وحرمت عليكم امهات نسائكم وانه مطلق عن شرط
الدخول فمن ادعى ان الدخول المذكور في اخر الكلمات ينصرف الى الكل فعليه الدليل
وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
اذا نكح الرجل المراة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فله ان يتزوج ابنتها وليس له ان يتزوج
الام وهذا نص في المسئلتين وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل تزوج امراة فطلقها قبل ان يدخل بها او ماتت عنه
فلا يحل له ان يتزوج امها وهذا ايضا نص في المسئلتين وعن عبد الله ابن عباس
رضي الله عنهما انه قال في هذه الاية ابهموا ما ابهم الله اي اطلقوا ما اطلق الله وكذا

فلا باس ان يتزوج ابنتها وايما رجل تزوج امراة فطلقها قبل ان يدخل بها او ماتت عنه صح

روي

روي عن عمران بن حصين رضي الله عنه انه قال الاية مبهمة اي مطلقة لا تفصل
بين الدخول وعدمه وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه فقد روي الرجوع عنه
فانه روي انه افتى بذلك في الكوفة فلما اتى الى المدينة ولقي اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم تذاكرهم فرجع الى القول بالحرمة حتى روي انه لما
اتى الكوفة نهى من كان افتاه بذلك فقيل انها قد ولدت اولادا فقال انها وان
ولدت ولان هذا النكاح يفضي الى قطع الرحم لانه اذا طلق بنتها وتزوج
امها حملها ذلك على الضغينة التي هي سبب القطيعة فيما بينهما وقطع الرحم
حرام فما افضى اليه يكون حراما ولهذا المعنى حرم الجمع بين المراة وامها وبين
المراة وبنتها وبين عمتها وخالتها على ما نذكر بخلاف جانب الام لا تحرم بنتها
بنفس العقد على الام لان اباحة النكاح هناك لا يودي الى القطع لان الام
في ظاهر العادات تؤثر بنتها على نفسها في الحظوظ والحقوق والبنت لا تؤثر
امها على نفسها معلوم ذلك بالعادة واذا جاء الدخول تثبت الحرمة لانه تاكدت
مودتها بالدخول لاستيفائها حقها من الزوج فيلحقها العضاضة فيودي الى
القطع ولان الحرمة تثبت بالدخول بالاجماع والعقد على البنت سبب الدخول
بها والسبب يقام مقام المسبب في موضع الاحتياط ولهذا ثبتت الحرمة بنفس
العقد في منكوحة الاب وحليلة الابن فكان ينبغي ان تحرم الربيبة بنفس العقد
على الام الا ان شرط الدخول هناك عرفناه بالنص فبقي الحكم في الام على اصل
القياس واما قولهم ان الشرط المذكور في اخر كلمات معطوف بعضها على بعض او
الاستثناء بمشية الله تعالى والشرط المصرح به فاما في الصفة الداخلة على
المذكور في اخر الكلام فممنوع بل يقتصر على ما يليه فانك تقول جاءني زيد ومحمد
العالم فتقتصر صفة العلم على الذي يليه وهو محمد دون زيد وقوله اللاتي
دخلتم بهن وصف اياهن بالدخول بهن لا شرط فمن ادعى الحاق الوصف بالشرط
فعليه الدليل على انه يحتمل ان يكون بمعنى الشرط فيلحق الكل ويحتمل ان لا يكون فيقتصر
على ما يليه فلا يلحق بالشك والاحتمال واذا وقع الشك والشبهة فيه فالقول
بما فيه الحرمة اولى احتياطا على ان هذه الصفة ان كانت في معنى الشرط لكن اللفظ
متى قرن به شرط او صفة لاثبات حكم يقتضي وجوده عند وجوده اما لا يقتضي عدمه
عند عدمه بل عدمه ووجوده عند عدم الشرط والصفة يكون موقوفا على قيام
الدليل وفي نفس هذه الاية ما يدل عليه فانه قال وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن ثم قال فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولو كان التقييد
بالوصف نافيا الحكم في غير الموصوف لكان ذلك القدر كافيا ونحن نقول بحرمة
الام عند الدخول بالربيبة وبحرمة الربيبة عند الدخول بالام بظاهر الاية وليس

وبينها صح

ملحق بالكل فنقول هذا الاصل مسلم في الاستثناء بمشية الله تعالى صح

فبها نفي الحرمة عند عدم الدخول بالام بظاهر الاية وليس فيها نفي الحرمة عند عدم الدخول ولا اثباتها نيقف على قيام الدليل وقد قام الدليل على حرمة الام بدون الدخول بينتها وهو ما ذكرنا تثبت الحرمة ولم يقم الدليل على حرمة الربيبة قبل الدخول بالام فلا تثبت الحرمة والله الموفق **واما** حدات الزوجة من قبل ابيها وامها فانما عرفت حرمتهن بالاجماع او بما ذكرنا من المعنى في الامهات لا بعين النص الا على قول من يجيز استعمال اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز عند عدم التنافي بين حكميهما على ما ذكرنا ثم انما تحرم ام الزوجة وجداتها بنفس العقد اذا كان صحيحا فاما اذا كان فاسدا فلا تثبت الحرمة بالعقد بل بالوطي او ما يقوم مقامه من المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة على ما نذكر لان الله تعالى حرم على الزوج ام زوجته مضافة اليه والاضافة لا تثبت الا بعقد صحيح فلا تثبت الحرمة الا به والله الموفق

فصل واما الفرقة الثانية فبنت الزوجة وبناتها وبنات بناتها وبنيها وان سفلن اما بنت زوجته فتحرم عليه بنص الكتاب اذا كان دخل بزوجته فان كان لم يدخل بها لا تحرم لقوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وسوا كانت بنت زوجته في حجره او لا عند عامة العلما وقال بعض الناس لا تحرم عليه الا ان تكون في حجره ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم حرم الله تعالى بنت الزوجة بوصف كونها في حجر زوج الام فيتقيد التحريم بهذا الوصف الا ترى انه لما اضافها الى الزوجة تقيد التحريم به حتى لا تحرم عليه ربيبة غير الزوجة كذا هذا **ولنا** ان التنصيص على حكم في موصوف لا يدل على ان الحكم في غير الموصوف بخلافه اذ التنصيص يثبت حرمة بنت زوجة الرجل التي دخل بامها وهي في حجره بهذه الاية واذا لم تكن في حجره تثبت حرمتها بدليل اخر وهو كون نكاحها مفضيا الى قطيعة الرحم سوا كانت في حجره او لم تكن على ما بينا فيما تقدم الا ان الله تعالى ذكر الحجر بنا على عرف الناس وعادتهم اذ الربيبة تكون في حجر زوج امها عادة فاخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى ولا تقتلوا اولادكم خشية املاق وقوله فان خفتم الا تعدلوا فواحدة ونحو ذلك واما بنات بنات الربيبة وبنات ابنائها وان سفلن فتثبت حرمتهن بالاجماع وبما ذكرنا من المعقول لا بعين النص الا على قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد عند امكان العمل بهما

فصل واما الفرقة الثالثة فحليلة الابن من الصلب وابن الابن وابن البنت وان سفلن فيحرم على الرجل حليلة ابنه من الصلب بالنص وهو قوله تعالى

م ابنها

م لا يدل على التخصيص صح

م الربيبة وبنات صح

وحلايل

وحلايل ابنايكم الذين من اصلابكم وذكر الصلب جاز ان يكون لبيان الخاصة وان لم يكن الابن الا من الصلب كقوله تعالى ولا طاير يطير بجناحيه وان كان الطاير لا يطير الا بجناحيه وجاز ان يكون لبيان القسمة والتنويع لان الابن قد يكون من الصلب وقد يكون من الرضاع وقد يكون بالتبني ايضا على ما ذكر في سبب نزول الاية ان النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوج امراة زيد بن حارثة بعد ما طلقها زيد وكان ابنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبني فعابه المنافقون على ذلك وقالوا انه تزوج بحليلة ابنه فنزل قوله تعالى وحلايل ابنايكم الذين من اصلابكم وكذلك قوله تعالى فلما قضى زيد منها وطرا ولان حليلة الابن لو لم تحرم على الاب فاذا طلقها الابن ربما يندم على ذلك ويريد العود اليها فاذا تزوجها ابوه اورث ذلك الضغينة بينهما والضغينة تورث القطيعة وقطع الرحم حرام فيجب ان تحرم حتى لا يودي الى الحرام ولهذا حرمت منكوحة الاب على الابن كذا هذا وسوا كان دخل بها الابن او كان لم يدخل بها لان النص مطلق عن شرط الدخول والمعنى لا يوجب الفصل ايضا على ما ذكرنا ولان العقد سبب الدخول والسبب يقوم مقام المسبب في موضع الاحتياط على ما مر وحليلة ابن الابن وابن البنت وان سفلت تحرم بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى لا بعين النص لان ابن الابن يسمى ابنا مجازا لا حقيقة فاذا صارت الحقيقة مرادة لا يبقى المجاز مرادا الا على قول من يقول انه يجوز ان يرادا في لفظ واحد والله الموفق **فصل** واما الفرقة الرابعة فمنكوحة الاب واجداده من قبل ابيه وامه وان علوا اما منكوحة الاب فتحرم بالنص وهو قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا والنكاح يذكر ويراد به العقد وسوا كان الاب دخل بها او لا لان اسم النكاح يقع على العقد والوطي فيحرم بكل واحد منهما على ما نذكر ولان نكاح منكوحة الاب يفضي الى قطيعة الرحم لانه اذا فارقها ابوه لعل يندم ويريد ان يعود اليها فاذا نكحها الابن اوحشه ذلك واورث الضغينة وذلك سبب التباعد بينهما وهو تفسير قطيعة الرحم وقطع الرحم حرام فكان النكاح سبب الحرام وانه تناقض فيحرم دفعا للتناقض الذي هو اية السفه والجهل جل الله تعالى عنهما **ثم** حرمة المصاهرة كما تثبت بالعقد الصحيح تثبت بالوطي الحلال بملك اليمين حتى ان من وطي جارية تحرم عليه امها وابنتها وجداتها وان علون وبنات بناتها وان سفلن وتحرم هي على ابي الواطي وابنه وعلى اجداد الواطي وان علوا وعلى ابنا ابنايه وان سفلوا وكذا تثبت بالوطي في النكاح الفاسد وبالوطي عن شبهة بالاجماع وتثبت باللمس فيهما عن شهوة وبالنظر الى فرجها عن شهوة عندنا ولا تثبت بالنظر الى ساير الاعضا بشهوة ولا بمس ساير الاعضا لا عن شهوة بلا خلاف

م وزوجناكها

م واما منكوحة اجداده فتحرم بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى لا بعين النص الا على قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد عند عدم التنافي صح

وتفسير الشهوة وهي ان يشتهي بقلبه ويعرف ذلك باقراره لانه باطن لا وقوف
لغيره عليه وتحرك الآلة وانتشارها هل هو شرط تحقق الشهوة اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم شرط وقال بعضهم ليس بشرط وهو الصحيح لان المس والنظر
عن شهوة يتحقق بدون ذلك كالعنين والمجبوب ونحو ذلك وقال الشافعي لا تثبت
حرمة المصاهرة بالنظر وله في المس قولان وتثبت حرمة المصاهرة بالزنا والمس
والنظر بدون النكاح والملك وشبهته عندنا وعند الشافعي لا تثبت حرمته
بالزنا فاولى ان لا تثبت بالمس والنظر بدون الملك احتج الشافعي بقوله
تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن حرم المضافة
الى نسائنا المدخولات وانما تكون المراة مضافة الينا بالنكاح فكان الدخول
بالنكاح شرط ثبوت الحرمة وهذا دخول بلا نكاح فلا تثبت به الحرمة ولا تثبت
بالنظر ايضا لانه ليس بمعنى الدخول الا ترى انه لا يفسد به الصوم ولا يجب به
شي في الاحرام فكذلك اللمس في قول وفي قول تثبت به لانه استمتاع بها من وجه
فكان بمعنى الوطي ولهذا يحرم بسبب الاحرام كما حرم الوطي وروي عن عائشة
رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سيل عن الرجل يتبع المراة حراما
اينكح بنتها او يتبع البنت اينكح امها فقال لا يحرم الحرام الحلال انما يحرم ما كان نكاحا
حلالا والتحريم بالزنا تحريم الحلال ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم
من النسا والنكاح يستعمل في الوطي والعقد فلا يخلو اما ان يكون حقيقة لهما
على الاشتراك واما ان يكون حقيقة لاحدهما مجازا في الاخر وكيف ما كان يجب
القول بحرمتهما جميعا اذ لا تنافي بينهما كانه قال ولا تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا
عقدا ووطيا وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج
امراة لم تحل له امها ولا ابنتها وروي حرمت عليه امها وابنتها وهذا نص في الباب
لانه ليس فيه ذكر النكاح وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ملعون من نظر
الى فرج امراة وابنتها ولو لم يكن النظر الاول محرما للثاني وهو النظر الى فرج ابنتها
لم يلحقه اللعن لان النظر الى فرج المراة المنكوحة نكاحا صحيحا مباح لا يستحق اللعن
واذا ثبتت الحرمة بالنظر فبالدخول اولى وكذا بالمس لان النظر دون المس في
تعلق الاحكام بهما الا ترى انه يفسد الصوم بالانزال عن المس ولا يفسد
بالانزال عن النظر الى الفرج وفي الحج يلزمه بالمس عن شهوة الدم انزل او لم ينزل
ولا يلزمه شي بالنظر الى الفرج عن شهوة انزل او لم ينزل فلما ثبتت الحرمة بالنظر
فبالمس اولى لان الحرمة انما تثبت بالنكاح لكونه سببا داعيا الى الجماع اقامة
للسبب مقام المسبب في موضع الاحتياط كما اقيم النوم المفضي الى الحدث مقام
الحدث في انتقاض الطهارة احتياطا لامر الصلاة والقبلة والمباشرة في

التشبث

ربائب صح

او اما صح

الحرام صح

فكيف صح

التشبث والدعوة ابلغ من النكاح فكان اولى باثبات الحرمة ولان الوطي الحلال
انما كان محرما للبنت لمعنى هو موجود هنا وهو انه يصير جامعا بين المراة وبنتها في
الوطي من حيث المعنى لان وطي احداهما يذكره وطي الاخرى فيصير كانه قاض
وطره منهما جميعا ويجوز ان يكون هذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم ملعون
من نظر الى فرج امراة وابنتها وهذا المعنى موجود في الوطي الحرام واما
الاية فلا حجة له فيها بل هي حجة عليه لانها تقتضي حرمة ربيبة التي هي بنت
امراته التي دخل بها مطلقا سوا دخل بها بعد النكاح او قبله بالزنا واسم
الدخول يقع على الحلال والحرام او يحتمل ان يكون المراد الدخول بعد النكاح
ويحتمل ان يكون قبله فجاز الاحتياط في القول بالحرمة واذا احتمل هذا
فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال على ان في هذه الاية اثبات الحرمة بالدخول
في النكاح وهذا لا ينفي الحرمة بالدخول بلا نكاح فكان هذا احتجاجا بالمسكوت
وانه لا يصح على ان هذه الاية حجتنا في اثبات الحرمة بالمس لانه ذكر الدخول بهن
وحقيقة الدخول بالشي عبارة عن ادخاله من العورة الى الحصن فكان الدخول
بها هو ادخالها في الحصن وذلك باخذ يدها او شي منها ليكون هو الداخل بها
فاما بدون ذلك فالمراة هي الداخلة بنفسها فدل ان المس موجب للحرمة او
يحتمل الوطي ويحتمل المس فيجب القول بالحرمة احتياطا واما الحديث فقد قيل
انه ضعيف ثم هو خبر واحد مخالف للكتاب ولين ثبت فنقول بموجبه لان
المذكور فيه هو الاتباع لا الوطي واتباعها هو ان يراودها عن نفسها
وذا لا يحرم عندنا انما المحرم هو الوطي ولا ذكر له في الحديث والله الموفق
واما النوع الثالث وهو المحرمات بالرضاعة فكل من حرم لقرابة
من الفرق السبع الذين وصفهم الله تعالى يحرم بالرضاعة الا ان الله تعالى بين
المحرمات بالقرابة بيان ابلاغ وبين المحرمات بالرضاعة بيان كفاية حيث لم
يذكر على التصريح والتنصيص الا الامهات والاخوات بقوله تعالى وامهاتكم
اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ليعلم حكم غير المذكور بطريق الاجتهاد
بالاستدلال ووجه الاستدلال نذكره في كتاب الرضاع ان شا الله تعالى
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وعليه
الاجماع ايضا وكذا كل من يحرم ممن ذكرنا من الفرق الاربع بالمصاهرة يحرم بالرضاع
فيحرم على الرجل ام زوجته وبنتها من الرضاع الا ان الام تحرم بنفس العقد اذا كان
صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام وكذا جدات الزوجة لابيها
وامها وان علون وبنات بناتها وبنات ابنائها وان سفلن من الرضاع وكذا
يحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على اب الرضاع وابي

واحتمل ذلك صح

بالمذكور صح

ابنه وان علا ويحرم منكوحة اب الرضاع وابي ابنه وان علا على ابن الرضاع
وابن ابنه وان سفل وكذا يحرم بالوطء ام الموطوءة وبنتها من الرضاع
على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها ويحرم الموطوءة على ابي الواطئ وابنه
من الرضاع وكذا على اجداده وان علوا وعلى ابناء ابنائه وان سفلوا سواء
كان الوطء حلالا بان كان بملك اليمين او كان الوطء بنكاح فاسد او شبهة
نكاح او كان زنا والاصل انه يحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب
وبسبب المصاهرة الا في مسئلتين تختلف فيهما حكم المصاهرة والرضاع نذكرهما
في كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى **فصل** ومنها ان لا يجمع نكاح المراة
التي يتزوجها جمعا بين ذوات الارحام ولا بين اكثر من اربع نسوة في الاجنبيات
وجملة الكلام في الجمع ان الجمع في الاصل نوعان جمع بين ذوات الارحام وجمع
بين الاجنبيات اما الجمع بين ذوات الارحام فنوعان ايضا جمع في النكاح
وجمع في الوطء ودواعيه اما الجمع بين ذوات الارحام في النكاح فنقول م بملك اليمين صح
لا خلاف في ان الجمع بين الاختين في النكاح حرام لقوله تعالى وان تجمعوا
بين الاختين معطوفا على قوله حرمت عليكم امهاتكم ولان الجمع بينهما يفضي الى
قطيعة الرحم لان العداوة بين الضرتين ظاهرة وانها تفضي الى قطيعة الرحم
وقطع الرحم حرام وكذا المفضي اليه وكذا الجمع بين امراة وبنتها لما قلنا
بل اولى لان قرابة الولادة مفترضة الوصل بلا خلاف واختلف في الجمع
بين ذواتي رحم محرم نكاحا سوى هذين الجمعين وهو بين امراتين لو كانت
احداهما رجلا لكان لا يجوز له نكاح الاخرى من الجانبين جميعا ايهما كانت غير
عين كالجمع بين امراة وبين عمتها والجمع بين امراة وخالتها ونحو ذلك
قال عامة العلماء لا يجوز وقال عثمان البتي الجمع فيما سوى الاختين وسوى
المراة وبنتها ليس بحرام واحتج بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ذكر
المحرمات وذكر فيما حرم الجمع بين الاختين واحل ما وراء ذلك والجمع فيما
سوى الاختين لم يدخل في التحريم فكان داخلا في الاحلال الا ان الجمع بين
المراة وبنتها حرام بدلالة النص لان قرابة الولادة اقوى فالنص
الوارد ثمة يكون واردا هنا من طريق الاولى **ولنا** الحديث المشهور
وهو ما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها
وزاد في بعض الروايات لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى الحديث
اخبر ان من تزوج عمة ثم بنت اخيها او خالة ثم بنت اختها لا يجوز ثم اخبر
انه اذا تزوج بنت الاخ اولا ثم العمة وبنت الاخت اولا ثم الخالة لا يجوز

ايضا

ايضا لئلا يشكل ان حرمة الجمع يجوز ان تكون مختصة باحد الطرفين دون الاخر
كنكاح الامة على الحرة انه لا يجوز ويجوز نكاح الحرة على الامة ولان الجمع بين
ذواتي رحم محرم في النكاح سبب لقطيعة الرحم لان الضرتين يتنازعان ويختلفان
ولا ياتلفان هذا امر معلوم بالعرف والعادة وذلك يفضي الى قطع الرحم
وانه حرام والنكاح سببه فيحرم حتى لا يؤدي اليه والى هذا المعنى اشار
النبي صلى الله عليه وسلم في اخر الحديث فيما روي انه قال انكم لو فعلتم ذلك
لقطعتم ارحامهن وروي في بعض الروايات فانهن يتقاطعن وفي بعضها
انه يوجب القطيعة وروي عن انس رضي الله عنه انه قال كان اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم يكرهون الجمع بين القرابة في النكاح وقالوا
انه يورث الضغاين وروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه كره الجمع
بين بنتي عمين وقال لا احرم ذلك ولكن اكره اما الكراهة فلمكان القطيعة
واما عدم الحرمة فلان القرابة بينهما ليست بمفترضة الوصل واما الاية
فيحتمل ان يكون معنى قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اي ما وراء ما حرم الله تعالى
والجمع بين المراة وعمتها وبينها وبين خالتها مما قد حرم الله تعالى على لسان
رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي هو وحي غير متلو على ان حرمة الجمع بين
الاختين معلولة بقطيعة الرحم والجمع ههنا يفضي الى قطع الرحم فكانت
حرمته ثابتة بدلالة النص فلم يكن ما وراء ما حرم في اية التحريم ويجوز
الجمع بين امراة وبنت زوج كان لها من قبل او بين امراة وزوجة كانت
لابنها وهما واحد لانه لا رحم بينهما فلم يوجد الجمع بين ذواتي رحم وقال
زفر وابن ابي ليلى لا يجوز لان احداهما لو كانت رجلا لكان لا يجوز له ان م الجمع بينهما صح
يتزوج الاخرى لانها منكوحة ابنه فلا يجوز الجمع بينهما كما لا يجوز الجمع بين
الاختين وانا نقول الشرط ان تكون الحرمة ثابتة من الجانبين جميعا وهو ان
تكون كل واحدة منهما ايتهما كانت لو قدرت رجلا لكان لا يجوز له نكاح الاخرى م بحيث صح
ولم يوجد هذا الشرط لان الزوجة منهما لو كانت الاخرى لا تكون بنت الزوج ط رجلا لكان يجوز له ان يتزوج الاخرى لان صح
فلم تكن الحرمة ثابتة من الجانبين فجاز الجمع بينهما كالجمع بين الاجنبيتين ولو
تزوج الاختين معا فسد نكاحهما لان نكاحهما معا حصل جمعا بينهما في النكاح
وليست احداهما بفساد النكاح باولى من الاخرى فيفرق بينه وبينهما ثم ان
كان قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما لان النكاح الفاسد لا حكم له
قبل الدخول وان كان قد دخل بهما فلكل واحدة منهما العقر وعليهما العدة
لان هذا حكم الدخول في النكاح الفاسد على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى
وان تزوج احداهما بعد الاخرى جاز نكاح الاولى وفسد نكاح الثانية

ولا يفسد نكاح الاولى بفساد نكاح الثانية لان الجمع حصل بنكاح الثانية فاقتصر
الفساد عليه ويفرق بينه وبين الثانية فان كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا عدة
وان كان دخل بها فلها العقر وعليها العدة لما بينا ولا يجوز له ان يطا الاولى
ما لم تنقض عدة الثانية لما ذكرنا وان تزوج اختين في عقدين لا يدري ايهما
اول لا يجوز له التحري بل يفرق بينه وبينهما لان نكاح احداهما فاسد بيقين
وهي مجهولة فلا بد من التفريق ثم ان ادعت كل واحدة منهما انها هي الاولى
ولا بينة لها يقضى لهما بنصف المهر لان النكاح الصحيح احدهما وقد حصلت الفرقة
قبل الدخول لا بصنع المراة فكان الواجب نصف المهر فيكون بينهما لعدم
الترجيح اذ ليست احداهما باولى من الاخرى وروي عن ابي يوسف انه لا
يلزم الزوج شي وروي عن محمد انه يجب عليه المهر كاملا وان قالتا لا ندري
اينا هي الاولى لا يقضى لهما بشي لكون المدعية منهما مجهولة الا اذا اصطلحا
على شي فحينئذ يقضى لهما وكذلك المراة وعمتها وخالتها في جميع ما وصفنا
وكما لا يجوز للرجل ان يتزوج امراة في نكاح اختها لا يجوز له ان يتزوجها في عدة
اختها ~~وكذلك الزوج~~ وكذلك التزوج بامراة هي ذات رحم محرم من امراة
تعتد منه والاصل ان ما منع صلب النكاح من الجمع بين ذوات المحارم فالعدة
تمنع منه وكذا لا يجوز ان يتزوج اربعا من الاجنبيات والخامسة تعتد منه
سوا كانت العدة من طلاق رجعي او بائن او ثلاث او بالحرمة الطارية
بعد الدخول او بالدخول في نكاح فاسد او بالوطي عن شبهة وهذا عندنا وقال
الشافعي يجوز الا في العدة من طلاق رجعي وروي عن جماعة من الصحابة مثل
قولنا نحو علي وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم **وجه**
قوله ان المحرم هو الجمع بين الاختين في النكاح والنكاح قد زال من كل وجه
لوجود المزيل له وهو الطلاق الثلاث والبائن ولهذا لو وطيها بعد الطلاق
الثلاث مع العلم بالحرمة لزمه الحد فلم يتحقق الجمع في النكاح فلا تثبت الحرمة
ولنا ان ملك الحبس والقيد قائم فان الزوج يملك منعها من الخروج
والبروز وحرمة التزوج بزوج اخر ثابتة والفراش قائم حتى لو جاءت
بولد الى سنتين من وقت الطلاق وقد كان قد دخل بها يثبت النسب
ولو جاز النكاح لكان النكاح جمعا بين الاختين في هذه الاحكام فيدخل
تحت النص ولان هذه احكام النكاح لانها شرعت وسيلة الى مقاصد النكاح
فكان النكاح قائما من وجه لبقاء بعض احكامه والثابت من وجه ملحق بالثابت
من كل وجه في باب الحرمات احتياطا الا ترى انه الحق الام والبنت من
وجه بالرضاعة بالام والبنت من كل وجه بالقرابة والحق المنكوحة

ولا يتصور حصول مقاصد النكاح من المجهولة صح

من وجه

من وجه وهي المعتدة بالمنكوحة من كل وجه في حرمة النكاح كذا هذا ولان
الجمع قبل الطلاق انما حرم لكونه مفضيا الى قطيعة الرحم لانه يورث الضغينة
وانها تفضي الى القطيعة والضغينة ههنا اشد لان معظم النعمة وهو ملك الحل
الذي هو سبب اقتضاء الشهوة قد زال في حق المعتدة وبنكاح الثانية يصير
جميع ذلك لها ويقوم مقامها وتبقى هي محرومة الحظ من الازواج للحال فكانت
الضغينة اشد فكانت ادعى الى القطيعة بخلاف ما بعد انقضاء العدة لانها
لم يبق شي من علائق الزوج الاول فكان لها سبيل الوصول الى زوج اخر
فتستوفي حظها من الثاني فتتسلى به فلا تلحقها الضغينة او كانت اقل منه من
حال قيام العدة فلا يستقيم الاستدلال ولو خلا بامراته ثم طلقها لم يتزوج اختها
حتى تنقضي عدتها لانه وجبت عليها العدة بالخلوة فيمنع نكاح الاخت كما لو وجبت
بالدخول حقيقة **فصل** واما الجمع في الوطي بملك اليمين فلا يجوز عند عامة
الصحابة مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وروي
عن عثمان رضي الله عنه انه قال كل شي حرمه الله تعالى من الحرائر حرمه من الاماء الا
الجمع اي الجمع في الوطي بملك اليمين وروي ان رجلا سال عثمان رضي الله عنه
عن ذلك فقال ما احب ان احله ولكن احلتهما اية وحرمتهما اية **واما**
انا فلا افعله فخرج الرجل من عنده فلقي عليا رضي الله عنه فذكر ذلك له
فقال لو ان لي من الامر شيئا لجعلت من فعل ذلك نكالا **وقول** عثمان رضي
الله عنه احلتهما اية وحرمتهما اية عنى باية التحليل قوله الا على ازواجهم او ما
ملكت ايمانهم الاية وباية التحريم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وذلك
منه اشارة الى تعارض دليلي الحل والحرمة فلا تثبت الحرمة مع التعارض
ولعامة الصحابة رضي الله عنهم الكتاب والسنة **اما الكتاب** فقوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين والجمع بينهما في الوطي جمع فيكون حراما **واما**
السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يومن بالله واليوم
الاخر فلا يجمعن ماه في رحم اختين **واما قول عثمان رضي الله عنه**
احلتهما اية وحرمتهما اية فالاخذ بالمحرم اولى عند التعارض احتياطا للحرمة
لانه يلحقه المأثم بارتكاب المحرم ولا ماثم في ترك المباح ولان الاصل في الا بضاع
هو الحرمة والاباحة بدليل فاذا تعارض دليل الحل والحرمة تدافعا فيجب
العمل بالاصل وكما لا يجوز الجمع بينهما في الوطي لا يجوز في الدواعي من اللمس
والتقبيل والنظر الى الفرج عن شهوة لان الداعي الى الحرام حرام واذا
عرف هذا فنقول اذا ملك اختين له ان يطا احداهما لان الامة لا تصير
فراشا بالملك واذا وطي احداهما ليس له ان يطا الاخرى بعد ذلك لانه

لو وطئ لصار جامعا بينهما في الوطي حقيقة وكذلك اذا ملك جارية فوطيها ثم
ملك اختها كان له ان يطا الاولى لما قلنا وليس له ان يطا الاخرى بعد ذلك
ما لم يحرم فرج الاولى على نفسه اما بالتزويج او بالاخراج عن ملكه بالاعتاق
او بالبيع او بالهبة او بالصدقة لانه لو وطي الاخرى لصار جامعا بينهما في الوطي
حقيقة وهذا لا يجوز ولو كاتبها يحل له وطي الاخرى في ظاهر الرواية **وروى**
عن ابي يوسف انه قال لا يحل لانه بالكتابة لم يملك وطيها غيره وقال في هذه الرواية
ايضا انه لو ملك فرج الاولى غيره لم يكن له ان يطا الاخرى حتى تحيض الاولى
حيضة بعد وطيها لجواز ان تكون حاملة منه فيكون جامعا ماءه في رحم اختين
فيستبرئها بحيضة حتى يعلم انها ليست بحامل **وجه** ظاهر الرواية انه حرم
فرجها على المولى بالكتابة الا ترى انه لو وطيها لزمه العقر ولو وطيت بشبهة
او نكاح كان المهر لها لا للمولى فلا يصير بوطي الاخرى جامعا بينهما في الوطي ۞
ولو تزوج جارية ولم يطاها حتى ملك اختها فليس له ان يطا المشتراة لان
الفراش يثبت بنفس النكاح لان ملك النكاح يقصد به الوطي والولد فصارت
المنكوحة موطوءة حكما فلو وطي المشتراة لصار جامعا بينهما في الوطي ولو كان
في ملكه جارية قد وطيها ثم تزوج اختها او تزوج اخت ام ولده جاز النكاح
عند عامة العلماء ولكن لا يطا الزوجة ما لم يحرم فرج الامة التي في ملكه
او ام ولده **وقال مالك** لا يجوز النكاح **وجه** قوله ان النكاح
بمنزلة الوطي بدليل انه يثبت به النسب كالوطي وبدليل انه لا يجوز له ان
يطا المملوكة هاهنا بعد نكاحه اختها فلو لم يكن بمنزلة الوطي لجاز واذا
كان النكاح بمنزلة الوطي يصير بالنكاح جامعا بينهما في الوطي وانه لا يجوز
ولنا ان النكاح ليس بوطي حقيقة وليس بمنزلة الوطي ايضا لان النكاح
يلاقي الاجنبية ولا يجوز وطي الاجنبية فلا يكون نكاحها جمعا بينهما في الوطي
الا ان النكاح اذا انعقد يجعل الوطي موجودا حكما العقد[1] انعقاد النكاح
والحق الولد بالفراش فلو وطي المملوكة لصار جامعا بينهما وطيا ولان الامة
لا تصير فراشا بنفس الوطي عندنا حتى لا يثبت النسب بدون الدعوة عندنا
فلا يكون نكاح اختها جمعا بينهما في الفراش فلا يمنع منه واما ام الولد فراشها
ضعيف حتى ينتفي نسب ولده بمجرد قوله وهو مجرد النفي من غير لعان وكذا
يحتمل النقل الى غيره فلا يتحقق النكاح جمعا بينهما[2] مطلقا فلا يمنع منه
والله اعلم ۞ ولا يجوز ان يتزوج اخت ام ولده التي تعتد منه بان اعتقها
ووجبت عليها العدة في قول ابي حنيفة رحمه الله ويجوز ان يتزوج اربعا
في عدتها وقال ابو يوسف ومحمد يجوز كلاهما وقال زفر لا يجوز كلاهما **وجه**

قوله

[1] بعد الانعقاد لما ان الحكم المختص بالنكاح هو حل الوطي وثمرته المطلوبة منه الولد ولا حصول له عادة بدون الوطي فجعله الشرع واطئا حكما صح

[2] في الفراش

قول زفر ان هذه معتدة فلا يجوز التزوج باختها واربع سواها كالحرة المعتدة
وجه قولهما ان الحرمة في الحرة لمكان الجمع بينهما في النكاح من وجه
ولم يوجد في ام الولد لانعدام النكاح اصلا ولان العدة في ام الولد
اثر فراش الملك وحقيقة الفراش فيها لا يمنع النكاح حتى لو تزوج اخت ام ولده
واربع نسوة قبل ان يعتقها جاز واذا لم يكن فراش الملك حقيقة مانعا
فاثره اولى ان لا يمنع ولابي حنيفة رحمه الله انه انما جاز نكاح اخت ام الولد
قبل الاعتاق لضعف فراشها على ما بينا فاذا اعتقها قوي فراشها فكان نكاح
اختها جمعا بينهما في الفراش وهو استلحاق نسب ولدهما ولا يجوز استلحاق
نسب ولد اختين في زمان واحد ولهذا لو تزوج اخت ام ولده لا يحل له
وطي المنكوحة حتى يزيل فراش ام الولد ونكاح الاربع وان كان جمعا بينهن وبينها
في الفراش لكن الجمع هاهنا في الفراش جائز الا ترى انه جاز قبل الاعتاق
فانه اذا تزوج اربعا قبل الاعتاق يحل له وطيهن ووطي ام الولد ايضا
فكذا بعد الاعتاق والله اعلم **فصل** واما الجمع بين الاجنبيات فنوعان
ايضا جمع في النكاح وجمع في الوطي ودواعيه بملك اليمين اما الجمع في النكاح
فنقول لا يجوز للحر ان يتزوج اكثر من اربع زوجات من الحرائر والاماء عند عامة
العلماء وقال بعض الناس يباح له الجمع بين التسع وقال بعضهم يباح له الجمع
بين الثمانية عشر واحتجوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى
وثلاث ورباع فالاولون قالوا ان الله تعالى ذكر هذه الاعداد بحرف الواو
وانه للجمع وجملتها تسعة فيقتضي اباحة نكاح التسع واستدلوا ايضا بفعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج تسع نسوة وهو قدوة الامة والاخرون
قالوا المثنى ضعف الاثنين والثلاث ضعف الثلاث والرباع ضعف الاربع
جملتها ثمانية عشر **ولنا** ما روي ان رجلا اسلم وتحته ثمان نسوة فاسلمن
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر منهن اربعا وفارق البواقي امره
بمفارقة البواقي ولو كانت الزيادة على الاربع حلالا لما امر فدل على ان منتهى
العدد المشروع هو الاربع ولان في الزيادة على الاربع خوف الجور عليهن
بالعجز عن القيام بحقوقهن لان الظاهر انه لا يقدر على الوفاء بحقوقهن واليه
وقعت الاشارة بقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة اي لا تعدلوا
في القسم والجماع والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرباع فواحدة بخلاف
نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم لان خوف الجور منه غير موهوم لكونه
مؤيدا على القيام بحقوقهن بالتاييد الالهي وكان ذلك من الايات الدالة
على نبوته لانه اثر الفقر على الغنى والضيق على السعة وتحمل المشاق والشدايد

على الهوينا والدعة من العادات والامور المتقبلة وهذه الاشيا اسباب قطع
الشهوات والحاجة الى النسا ومع ذلك كان يقوم بحقوقهن فدل انه انما قدر
على ذلك بالله تعالى واما الاية فلا يمكن العمل بظاهرها لان المثنى ليس عبارة
عن الاثنين ولا الثلاث عن الثلاث ولا الرباع عن الاربع بل ادنى ما يراد بالمثنى
مرتان من هذا العدد وادنى ما يراد بالثلاث ثلاث مرات من هذا العدد
وكذا الرباع وذلك يزيد على التسع بكثير ولا قايل به دل ان العمل بظاهر وثمانية عشر صح
الاية متعذر فلا بد لها من تاويل وله تاويلان احدهما ان يكون على
التخيير بين نكاح الاثنين والثلاث والاربع كانه قال مثنى او ثلاث او رباع
واستعمال الواو مكان او جائز والثاني ان يكون ذكر هذه الاعداد
على التداخل وهو ان قوله وثلاث يدخل فيه المثنى وقوله ورباع يدخل فيه
الثلاث كما في قوله تعالى قل ائنكم لتكفرون بالذي خلق الارض في يومين ثم قال
وجعل فيها رواسي من فوقها وبارك فيها وقدر فيها اقواتها في اربعة ايام
فاليومان الاولان داخلان في الاربع لانه لو لم يكن كذلك لكان خلق هذه
الجملة في ستة ايام ثم اخبر تعالى انه خلق السموات في يومين بقوله فقضاهن
سبع سموات في يومين فيكون خلق الجميع في ثمانية ايام وقد اخبر الله تعالى
انه خلق السموات والارض في ستة ايام فيودي الى الخلف في خبر من يستحيل
عليه الخلف فكان على التداخل فكذا هنا جاز ان يكون العدد الاول داخلا
في الثاني والثاني في الثالث فكان في الاية اباحة نكاح الاربع ولا يجوز
للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين لما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى
فيما تقدم **فصل** واما الجمع في الوطي ودواعيه بملك اليمين فجائز
وان كثرت الجواري لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما
ملكت ايمانكم اي ان خفتم ان لا تعدلوا في نكاح المثنى والثلاث والرباع
في ايفاء حقوقهن فانكحوا واحدة فان خفتم ان لا تعدلوا في واحدة فما ملكت
ايمانكم كانه قال هذا او هذا اي الزيادة على الواحدة الى الاربع عند القدرة او هذا اي صح
على المعادلة وعند خوف الجور في ذلك الواحدة من الحراير وعند خوف
الجور في نكاح الواحدة هو شرى الجواري والتسري بهن وذلك قوله تعالى
او ما ملكت ايمانكم ذكره مطلقا عن شرط العدد وقال تعالى الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين من غير شرط العدد والمحصنات من النسا وقال تع صح
الا ما ملكت ايمانكم مطلقا ولان حرمة الزيادة على الاربع في الزوجات لخوف
الجور عليهن في القسم والجماع ولم يوجد هذا المعنى في الاماء لانه لا حق لهن
قبل المولى في القسم والجماع **فصل** ومنها ان لا يكون تحته حرة

هو

هو شرط جواز نكاح الامة فلا يجوز نكاح الامة على الحرة والاصل فيه ما روي
عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على
الحرة وقال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم
وللامة الثلث ولان الحرية تنبي عن الشرف والعزة وكمال الحال فنكاح الامة
على الحرة ادخال على الحرة من لا يساويها في القسم وذلك يشعر بالاستهانة
والحاق الشين بها ونقصان الحال وهذا لا يجوز وسوا كان المتزوج حرا او عبدا
عندنا لان ما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل وعند
الشافعي يجوز للعبد ان يتزوج امة على حرة بنا على ان عدم الجواز للحر عنده
لعدم شرط الجواز وهو عدم طول الحرة وهذا شرط جواز نكاح الامة عنده في حق الحر لا في حق العبد وكذا خلو الحرة عن العدة شرط جواز نكاح الامة صح
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ان يتزوج امة
على حرة تعتد من طلاق باين او ثلاث **وجه** قولهما ان المحرم
ليس هو الجمع بين الامة والحرة بدليل انه لو تزوج امة ثم تزوج حرة
جاز وقد حصل الجمع وانما المحرم هو نكاح الامة على الحرة قال صلى الله عليه
وسلم لا تنكح الامة على الحرة ولا يتحقق النكاح عليها بعد البينونة الا ترى
لو حلف لا يتزوج على امراته فتزوج بعد ما ابانها في عدتها لا يحنث ولابي
حنيفة رحمه الله ان نكاح الامة في عدة الحرة نكاح عليها من وجه لان بعض
اثار النكاح قايمة فكان النكاح قايما من وجه فكان نكاحها عليها من وجه
والثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطا فيحرم
كنكاح الاخت في عدة الاخت ونحو ذلك على ما بينا فيما تقدم **واما** عدم
طول الحرة وهو القدرة على مهر الحرة وخشية العنت فليس من شرايط جواز
نكاح الامة عند اصحابنا والحاصل ان من شرايط جواز نكاح الامة عند ابي
حنيفة رحمه الله ان لا يكون في نكاح المتزوج حرة ولا في عدته حرة وعندهما
خلو الحرة عن عدة ليست بشرط لجواز نكاح الامة وقال الشافعي من شرايط البينونة صح
جواز نكاح الامة ان لا يكون قادرا على مهر الحرة وان يخشى العنت حتى انه انه لا يكون في نكاحه حرة صح
اذا كانت في ملكه امة يطاها بملك اليمين جاز له ان يتزوج امة عندنا
وعنده لا يجوز لعدم خشية العنت وكذلك الحر يجوز له ان يتزوج اكثر
من امة واحدة عندنا وعنده اذا تزوج امة واحدة لا يجوز له ان
يتزوج امة اخرى لزوال خشية العنت بالواحدة ولا خلاف في ان طول
الحرة لا يمنع العبد من نكاح الامة احتج الشافعي رضي الله عنه بقوله تعالى
ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المومنات فمما ملكت ايمانكم من
فتياتكم المومنات ومن كلمة شرط فقد جعل الله تعالى العجز عن طول الحرة شرط

جواز نكاح الامة فتعلق الجواز به كما في قوله تعالى في كفارة الظهار فمن لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا ونحوه لك وقال تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم وهو الزنا
شرط خشية العنت لجواز نكاح الامة فيتقيد الجواز بهذا الشرط ايضا ولان
جواز نكاح الاما في الاصل يثبت بطريق الضرورة لما يتضمن نكاحهن من ارقاق
الجز لان ماء الحر جز منه فكان في نكاح الحر الامة ارقاق جزئه والى هذا
اشار عمر رضي الله عنه فيما يروى عنه انه قال ايما حر تزوج امة فقد ارق
نصفه وايما عبد تزوج حرة فقد اعتق نصفه فلا يجوز ارقاق الحر من غير ضرورة
ولهذا اذا كانت تحته حرة لا يجوز نكاح الامة وهذا لان الارقاق اهلاك لانه
يخرج به من ان يكون منتفعا به في حق نفسه فيصير ملحقا بالبهايم واهلاك الجز
من غير ضرورة لا يجوز كقطع اليد ونحو ذلك ولا ضرورة حالة القدرة
على طول الحرة فبقي الحكم فيها على الاصل لهذا لم يجز اذا كانت تحته حرة لارتفاع
الضرورة بالحرة بخلاف ما اذا كان المتزوج عبدا لان نكاحه ليس ارقاق
الجز لان ماءه رقيق تبعا له وارقاق الرقيق لا يتصور **ولنا** عمومات النكاح
وهو قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامايكم وقوله
فانكحوهن باذن اهلهن وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم من غير فصل بين حال القدرة
على مهر الحرة وعدمها ولان النكاح عقد مصلحة في الاصل لاشتماله على المصالح
الدينية والدنيوية فكان الاصل فيه هو الجواز اذا صدر من الاهل في المحل
وقد وجد **واما الاية** فالطول المذكور يحتمل ان المراد به القدرة على
المهر كما قال ويحتمل ان يراد به القدرة على الوطي لان النكاح يذكر ويراد به
الوطي بل حقيقته للوطي على ما عرف فكان معناه فمن لم يقدر منكم على وطي
المحصنات وهن الحرائر والقدرة على وطي الحرة انما يكون في النكاح ونحن به
نقول ان من لم يقدر على وطي حرة بان لم يكن في نكاحه حرة يجوز له نكاح الامة
ومن قدر على ذلك بان كان في نكاحه حرة لا يجوز له نكاح الامة نقل هذا
التاويل عن علي رضي الله عنه فلا يكون حجة مع الاحتمال على ان فيها اباحة نكاح
الامة عند عدم طول الحرة وهذا لا ينفي الاباحة عند وجود الطول كالتعليق
بالشرط عندنا يقتضي الوجود عند وجود الشرط اما لا يقتضي العدم عند عدمه
قال الله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة ثم اذا تزوج واحدة جاز وان كان
لا يخاف الجور في نكاح المثنى والثلاث والرباع وقال تعالى في الاما فاذا
احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وهذا
لا ينفي على نفي الحد عنهن عند عدم الاحصان وهو التزوج وهو الجواب عن
تعلقه بقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم على ان العنت يذكر ويراد به لا يدل

الضيق

الضيق لقوله تعالى ولو شاء الله لاعنتكم اي لضيق عليكم اي من تضيق عليه النفقة
والاسكان فليترك الحرة بالطلاق وليتزوج الامة واما قوله نكاح الامة
يتضمن ارقاق الحر لان ماء الحر حر فنقول ان عني به اثبات حقيقة الرق في
الماء فهذا لا يتصور لان الماء جماد لا يوصف بالرق والحرية وان عني به
التسبب الى حدوث رق الولد فهذا مسلم لكن اثر هذا في الكراهة
لا في الحرمة فان نكاح الامة في حال طول الحرة في حق العبد جائز بالاجماع
وان كان نكاحها مباشرة سبب حدوث الرق وعندنا يكره نكاح الامة
مع طول الحرة ولو تزوج امة وحرة في عقدة واحدة جاز نكاح الحرة
وبطل نكاح الامة لان كل واحدة منهما على صاحبتها من حولة عليها فيعتبر
حال الاجتماع بحال الانفراد فيجوز نكاح الحرة لان نكاحها على الامة
حالة الانفراد جائز فكذا حالة الاجتماع ويبطل نكاح الامة لان
نكاحها على الحرة وادخالها عليها لا يجوز حالة الانفراد وكذا عند
الاجتماع بخلاف ما اذا تزوج اختين في عقدة واحدة لان المحرم هناك
هو الجمع بين الاختين والجمع حصل بهما فبطل نكاحهما وها هنا المحرم هو ادخال
الامة على الحرة لا الجمع الا ترى انه لو كان نكاح الامة متقدما على نكاح
الحرة جاز نكاح الحرة وان وجد الجمع بين اجنبية وذات محارمه جاز
نكاح الاجنبية وبطل نكاح المحرمة وتعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد
وهل ينقسم المهر عليهما في قول ابي حنيفة لا ينقسم ويكون كله للاجنبية
وعندهما ينقسم على قدر مهر مثلهما **فصل** ومنها ان لا تكون منكوحة
الغير لقوله تعالى والمحصنات من النساء عطفا على قوله حرمت عليكم امهاتكم
الى قوله والمحصنات من النساء وهن ذوات الازواج وسواء كانت مسلمة
او مشركة الا المسبية التي هي ذات زوج لان قوله والمحصنات من النساء
عام في جميع ذوات الازواج ثم استثنى منه المملوكات بقوله الا ما ملكت
ايمانكم والمراد منها المسبيات اللاتي سبين وهن ذوات الازواج ليكون
المستثنى من جنس المستثنى منه فيقتضي حرمة نكاح كل ذات زوج الا التي
سبيت كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال في هذه الاية كل ذات
زوج اتيانها زنا الا ما سبيت والمراد منه التي سبيت وحدها واخرجت
الى دار الاسلام لان الفرقة تثبت بتباين الدارين عندنا لا بنفس السبي
على ما نذكر فصارت هي في حكم الذمية ولان اجتماع رجلين على امراة
واحدة يفسد الفراش لانه يوجب اشتباه النسب وتضييع الولد وفوات
السكن والالفة والمودة فيفوت ما وضع له النكاح **فصل** ومنها ان لا تكون

ط لذلك افترق الامران والله اعلم
وكذلك اذا جمع م

م المسمى صح

٢ وسواء كان زوجها مسلما
او كافرا سي

معتدة الغير ايضا لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله
اي ما كتب عليها من التربص ولان لبعض احكام النكاح حالة العدة قايم فكان
النكاح قايما من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات
ولانه لا يجوز التصريح بالخطبة في حال قيام العدة ومعلوم ان خطبتها بالنكاح
دون حقيقة النكاح فلما لم تجز الخطبة فلان لا يجوز العقد اولى وسوا
كانت العدة عن طلاق او وفاة او دخول في نكاح فاسد او شبهة نكاح
لما ذكرنا من الدلايل ويجوز لصاحب العدة ان يتزوجها اذا لم يكن هناك
مانع اخر غير العدة لان العدة حقه قال الله تعالى فما لكم عليهن من
عدة تعتدونها اضاف العدة الى الازواج فدل انها حق الزوج وحق
الانسان لا يجوز ان يمنعه من التصرف وانما يظهر اثره في حق الغير
ويجوز نكاح المسبية لغير السابي اذا سبيت وحدها دون زوجها
واخرجت الى دار الاسلام بالاجماع لانه وقعت الفرقة بينهما ولا
عدة عليها لقوله تعالى والمحصنات من النسا الا ما ملكت ايمانكم والمراد
منه المسبيات اللاتي هن ذوات الازواج فقد احل المسبية للمولى السابي
اذ الاستثنا من التحريم اباحة من حيث الظاهر وقد احلها مطلقا من
غير شرط انقضا العدة فدل انه لا عدة عليها وكذلك المهاجرة
وهي المراة التي جات الينا من دار الحرب مسلمة مراغمة لزوجها يجوز
نكاحها ولا عدة عليها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
عليها العدة ولا يجوز نكاحها وجه قولهما ان الفرقة وقعت بتباين
الدارين فيمنع بعد دخولها دار الاسلام وهي بعد الدخول مسلمة وفي دار
الاسلام فيجب عليها العدة كساير المسلمات ولابي حنيفة رحمه الله
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المومنات مهاجرات فامتحنوهن
الله اعلم الى قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا اتيتموهن اجورهن اباح
نكاح المهاجرة مطلقا من غير ذكر العدة وقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر
نهى المسلمين عن الامساك والامتناع عن نكاح المهاجرة لاجل عصمة الزوج
الكافر وحرمته فالامتناع عن نكاحها للعدة والعدة حق الزوج يكون
امساكا وتمسكا بعصمة الزوج الكافر وهذا منهي عنه ولان العدة حق
من حقوق الزوج ولا يجوز ان يبقى للحربي على المسلمة الخارجة الى دار الاسلام
حق والدليل عليه انه لا عدة على المسبية وان كانت كافرة على الحقيقة
لكونها في حكم الذمية تجري عليها احكام الاسلام ومع ذلك ينقطع عنها
حق الزوج الكافر فالمهاجرة المسلمة حقيقة لان ينقطع عنها حق الزوج

الكافر

ها
الكافر اولى هذا اذا خرجت النساء وهي حايل فاما اذا كانت حاملا ففيه اختلاف
رواية عن ابي حنيفة وسنذكره ان شا الله تعالى **فصل** ومنها ان لا
يكون بها حمل ثابت النسب من الغير فان كان لا يجوز نكاحها وان لم تكن معتدة
كمن تزوج ام ولد انسان وهي حامل من مولاها لا يجوز وان لم تكن معتدة
لوجود حمل ثابت النسب من المولى وهذا لان الحمل اذا كان ثابت
النسب من الغير وماوه محترم لزم حفظ حرمة مايه بالمنع من النكاح وعلى
هذا يخرج ما اذا تزوج امراة حاملا من الزنا انه يجوز في قول ابي حنيفة
ومحمد ولكن لا يطاها حتى تضع وقال ابو يوسف لا يجوز وهو قول زفر
وجه قول ابي يوسف ان هذا الحمل يمنع الوطي فيمنع العقد ايضا
كالحمل الثابت النسب وهذا لان المقصود من النكاح هو حل الوطي فاذا
لم يحل له وطيها لم يكن النكاح مفيدا فلا يجوز ولهذا لم يجز اذا كان الحمل ثابت
النسب كذا هذا ولهما ان المنع من نكاح الحامل حملا ثابت النسب لحرمة
ماء الواطي ولا حرمة لماء الزاني بدليل انه لا يثبت النسب قال النبي صلى الله
عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر فاذا لم يكن له حرمة لا يمنع جواز النكاح
الا انها لا توطا حتى تضع لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وروي عنه
صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لرجلين يومنان بالله واليوم الاخر ان
يجتمعا من امراة واحدة في طهر واحد وحرمة الوطي لعارض على المحل لا
ينافي النكاح لا بقا ولا ابتدا كالحيض والنفاس **واما المهاجرة** اذا
كانت حاملا فعن ابي حنيفة روايتان روى عنه محمد انه لا يجوز نكاحها وهو احدى
روايتي ابي يوسف عنه وعن ابي يوسف رواية اخرى عنه انه يجوز نكاحها ولكنها
لا توطا حتى تضع **وجه** هذه الرواية ان ماء الحربي لا حرمة له فكان بمنزلة
ماء الزاني وذا لا يمنع جواز النكاح كذا هذا الا انها لا توطا حتى تضع لما
روينا **وجه** الرواية الاخرى ان هذا حمل ثابت النسب لان انساب
اهل الحرب ثابتة فيمنع جواز النكاح كساير الاحمال الثابتة النسب فالطحاوي
اعتمد رواية ابي يوسف والكرخي رواية محمد وهي المعتمد عليها لان حرمة
نكاح الحامل ليست لمكان العدة لا محالة فانها قد ثبتت عند عدم العدة كام
الولد اذا كانت حاملا من مولاها بل لثبوت نسب الحمل كما في ام الولد والحمل
هنا ثابت النسب فيمنع النكاح وعلى هذا النكاح المسبية ذات الزوج اذا كانت
حاملا واخرجت الى دار الاسلام يجب ان يكون على اختلاف الرواية والاختلاف
في انه لا يحل وطيها قبل الوضع ولا قبل الاستبرا الحيضة اذا كانت حايلا **والاصل**

Left margin notes: ح — م طري

فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطا
الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة **فصل** ومنها ان
يكون للزوجين ملة يقران عليها فان لم يكن بان كان احدهما مرتدا لا يجوز
نكاحه اصلا لا لمسلم ولا لكافر غير مرتد ولا لمرتد مثله لانه ترك ملة الاسلام
ولا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام اما بالقتل ان كان رجلا بالاجماع واما
بالحبس والضرب ان كان امراة عندنا الى ان يموت او يسلم فكانت الردة
في معنى الموت لكونها سببا مفضيا اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولان
ملك النكاح ملك معصوم ولا عصمة مع الردة ولان نكاح المرتد لا يقع وسيلة
الى مقاصد المطلوبة منه لانه يجبر على الاسلام على ما بينا فلا يفيد فايدته
فلا يجوز والدليل عليه ان الردة لو اعترضت على النكاح رفعته فاذا قارنته
تمنعه من الوجود من طريق الاولى كالرضاع لان المنع اسهل من الرفع ○
فصل ومنها ان لا تكون المرأة مشركة اذا كان الرجل مسلما فلا يجوز
للمسلم ان ينكح المشركة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز له ان
ينكح الكتابية لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم والفرق
ان الاصل ان لا يجوز للمسلم نكاح الكافرة لان ازدواج الكافرة والمخالطة
معها مع قيام العداوة الدينية لا يحصل السكن والمودة الذي هو قوام مقاصد
النكاح الا انه جوز نكاح الكتابية لرجاء اسلامها لانها امنت بكتب الانبيا
والرسل في الجملة وانما نقضت الجملة بالتفصيل بناء على انها اخبرت عن الامر على
خلاف الحقيقة فالظاهر انها متى نبهت على حقيقة الامر تنبهت وتأتي بالايمان
على التفصيل على حسب ما كانت اتت به على الجملة لعدا هو الظاهر من حال
التي بنى امرها على الدليل دون الهوى والطبع والزوج يدعوها الى الاسلام
وينبهها على حقيقة الامر فكان في نكاح المسلم رجاء اسلامها فجوز نكاحها لهذه
العاقبة الحميدة بخلاف المشركة فانها في اختيارها الشرك ما ثبت امرها
على الحجة بل على التقليد لوجود الابا على ذلك من غير ان ينتهي ذلك الى الخبر ممن يجب
قبول قوله واتباعه وهو الرسول فالظاهر انها لا تنظر في الحجة ولا تلتفت اليها
عند الدعوة فيبقى ازدواج الكافرة مع بقاء العداوة ٢ المانعة عن السكن   ٢ الدينية صح
والمودة خاليا عن العاقبة الحميدة فلم يجز نكاحها وسواء كانت الكتابية حرة
او امة عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز نكاح الامة ٢ ويحل وطيها بملك   ٢ الكتابية صح
اليمين واحتج بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والكتابية مشركة
على الحقيقة لان المشرك من يشرك بالله في الالوهية واهل الكتاب كذلك قال الله
تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى ط ان الله ثالث ثلاثة فعموم النص   ط المسيح ابن الله وزعمت النصارى صح

يقتضي

يقتضي حرمة نكاح جميع المشركات الا انه خص منه الحراير من الكتابيات بقوله تعالى
والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم وهن الحراير فبقيت الاماء منهن على ظاهر
العموم ولان جواز نكاح الاماء في الاصل ثبت بطريق الضرورة لما ذكرنا فيما تقدم
والضرورة تندفع بنكاح الامة المؤمنة **ولنا** عمومات النكاح نحو قوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله فانكحوهن باذن اهلهن وقوله تعالى فانكحوا ما طاب
لكم من النساء وغيره ذلك من غير فصل بين الامة المؤمنة والامة الكتابية الا ما خص بدليل
واما الاية فهي في غير الكتابيات من المشركات لان اهل الكتاب وان كانوا مشركين
على الحقيقة لكن هذا الاسم في متعارف الناس يطلق على المشركين من غير اهل الكتاب
وقال الله تعالى ما يود ط الذين كفروا من اهل الكتاب ولا المشركين وقال ان
الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين في نار جهنم فصل بين الفريقين في الاسم
على ان الكتابيات ان دخلن تحت عموم اسم المشركات بحكم ظاهر اللفظ لكنهن
خصصن عن العموم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم والاماء
ط يستحققن هذا الاسم لان الاحصان في كلام العرب صح   الكتابيات اذا كن عفايف ط عبارة عن المنع ومعنى المنع يحصل بالعفة والصلاح كما
يحصل بالحرية والاسلام والنكاح لان كل ذلك مانع المراة عن ارتكاب الفاحشة
فيتناولهن عموم اسم المحصنات وقوله الاصل في نكاح الاماء الفساد ممنوع بل
٢ المنكوحة   الاصل في النكاح هو الجواز حرة كانت ٢ او امة مسلمة او كتابية لما مر ان النكاح عقد
مصلحة والاصل في المصالح الاطلاق لا الاستيفاء والمنع عنه لمعنى في غيره على ما عرف
ولا يجوز للمسلم نكاح المجوسية لان المجوس ليسوا من اهل الكتاب قال الله تعالى
وهذا كتاب انزلناه مبارك الى قوله ان تقولوا انما انزل الكتاب على طايفتين
من قبلنا معناه والله اعلم اي انزلت الكتاب عليكم لئلا تقولوا انما انزل الكتاب
على طايفتين من قبلنا ~~معناه والله اعلم~~ ولو كان المجوس من اهل الكتاب ~~لكان اهل~~
لكان اهل الكتاب ثلاث طوايف فيؤدي الى الخلف في خبره وذلك محال على ان هذا
لو كان حكاية عن قول المشركين لكان دليلا على ما قلنا لانه حكى عنهم القول ولم يعقبه
بالانكار عليهم والتكذيب اياهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره والاصل فيه ما
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب
غير ناكحي نسايهم ولا اكلي ذبايحهم ودل قوله سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب
على انهم ليسوا من اهل الكتاب ولا يحل وطيها بملك اليمين ايضا والاصل انه لا يحل
وطي كافرة بنكاح ولا بملك يمين الا الكتابية خاصة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
حتى يؤمن واسم النكاح يقع على العقد والوطي جميعا فيحرمان جميعا ومن كان
احد ابويه كتابيا والاخر مجوسيا كان حكمه حكم اهل الكتاب لانه لو كان احد
ابويه مسلما يعطى له حكم الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وكذا اذا

كان كتابيا يعطى له حكم اهل الكتاب لان الكتابي له بعض احكام اهل الاسلام وهو المناكحة
وجواز الذبيحة والاسلام يعلو ابنفسه وباحكامه ولان رجا الاسلام من الكتابي
اكثر فكان اولى بالاستتباع واما الصابيات فقد قال ابو حنيفة انه ~~قوم يومنون~~
رحمه الله انه يجوز للمسلمين نكاحهن وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وقيل ليس هذا باختلاف
في الحقيقة وانما الاختلاف لاشتباه مذهبهم فعند ابي حنيفة انهم قوم يومنون بكتاب
فانهم يقرون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة
بالاستقبال اليها الا انهم يخالفون غيرهم من اهل الكتاب في بعض دياناتهم وذا
لا يمنع المناكحة كاليهود مع النصارى وعند ابي يوسف ومحمد انهم قوم يعبدون
الكواكب وعابد الكواكب كعابد الوثن فلا يجوز للمسلمين نكاحهن **فصل**
ومنها اسلام الرجل اذا كانت المراة مسلمة فلا يجوز انكاح المومنة الكافر لقوله
تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا ولان في نكاح الكافر المومنة خوف وقوع
المومنة في الكفر لان الزوج يدعوها الى دينه والنسا في العادات يتبعن الرجال
فيما يوثرون من الافعال ويقلدونهم في الدين اليه وقعت الاشارة في اخر الاية
بقوله اولئك يدعون الى النار لانهم يدعون المومنات الى الكفر والدعا الى الكفر
دعا الى النار لان الكفر يوجب النار فكان نكاح الكافر المسلمة سببا داعيا الى
الحرام فكان حراما والنص وان ورد في المشركين لكن العلة وهي الدعا الى النار
تعم الكفرة اجمع فيعم الحكم بعموم العلة فلا يجوز نكاح المسلمة الكتابي كما لا يجوز
انكاحها الوثني والمجوسي ولان الشرع قطع ولاية الكافرين عن المومنين بقوله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا فلو جاز نكاح الكافر المومنة لثبت له عليها
سبيل وهذا لا يجوز واما انكحة الكفار غير المرتدين بعضهم لبعض فجايزة في الجملة
عند عامة العلماء وقال مالك انكحتهم فاسدة لان للنكاح في الاسلام شرايط
لا يراعونها فلا نحكم بصحة انكحتهم وهذا غير سديد لقوله تعالى وامراته حمالة
الحطب سماها امراته ولو كانت انكحتهم فاسدة لم تكن امراته حقيقة ولان
النكاح سنة ادم صلوات الله عليه وهم على شريعته في ذلك وقال صلى الله عليه
وسلم ولدت من نكاح ولم اولد من سفاح وان كان ابواه كافرين ولان القول
بفساد انكحتهم يودي الى امر قبيح وهو الطعن في نسب كثير من الانبيا صلوات الله
عليهم لان كثيرا منهم ولدوا من ابوين كافرين والمذاهب تمتحن بفسادها فلما افضى
الى قبيح عرف فسادها ويجوز نكاح اهل الذمة بعضهم لبعض وان اختلفت شرايعهم
لان الكفر كله ملة واحدة اذ هو تكذيب الرب سبحانه وتعالى فيما انزل على رسله
عليهم السلام وقال الله تعالى لكم دينكم ولي دين فاختلافهم في شرايعهم بمنزلة
اختلاف كل فريق منهم فيما بينهم في بعض شرايعهم وذا لا يمنع جواز نكاح بعضهم لبعض

كن

ع

كن اهدى **فصل** ومنها ان لا يكون احد الزوجين ملك صاحبه ولا شقص منه
ملكه فلا يجوز للرجل ان يتزوج جاريته ولا جارية مشتركة بينه وبين غيره وكذلك
لا يجوز للمراة ان تتزوج عبدها ولا العبد المشترك بينها وبين غيرها لقوله
تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم الاية
ما اباح الوطى الا باحد امرين لان كلمة او تتناول احد المذكورين كان لم
فلا تثبت الاستباحة بهما على الجمع ولان للنكاح حقوقا تثبت على الشركة بين
الزوجين منها مطالبة المراة الزوج بالوطى ومطالبة الزوج المراة بالتمكين
وقيام ملك الرقبة يمنع من الشركة واذا لم تثبت الشركة في ثمرات النكاح
لا يفيد النكاح فلا يجوز ولان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يجوز ان ملك الرقبة
يقتضي ان تكون الولاية للمالك وكون المملوك موليا عليه وملك النكاح يقتضي
ثبوت الولاية للمملوك على المالك فيودي الى ان يكون الشخص الواحد في زمان
واحد واليا وموليا عليه في شي واحد وهذا محال ولان النكاح لا يجوز من
غير مهر عندنا ولا يجب للمولى على عبده دين ولا للعبد على مولاه وكذا لا يتزوج
مدبرته ومكاتبته لان كل واحدة منهما ملكه وكذا اذا اعترض ملك اليمين
على النكاح بطل النكاح بان ملك احد الزوجين صاحبه او شقصا منه لما نذكره
في موضعه ان شا الله تعالى **فصل** ومنها التابيد فلا يجوز النكاح الموقت
وهو نكاح المتعة وانه نوعان احدهما ان يكون بلفظ التمتع والثاني ان
يكون بلفظ النكاح والتزوج وما يقوم مقامهما **اما الاول** فهو ان يقول
اعطيك كذا على ان اتمتع منك يوما او شهرا او سنة او نحو ذلك وانه باطل عند
عامة العلما وقال بعض الناس هو جايز واحتجوا بظاهر قوله تعالى فما استمتعتم
به منهن فاتوهن اجورهن فريضة والاستدلال بها من ثلاثة اوجه احدها
انه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد والثاني
انه امر بايتا الاجر وحقيقة الاجر في الاجارة والمتعة عقد الاجارة على منفعة
البضع والثالث انه امر بايتا الاجر بعد الاستمتاع وذلك يكون في عقد
المتعة والاجارة فاما المهر فانما يجب في النكاح بنفس العقد ويوخذ الزوج بالمهر
اولا ثم يمكن من الاستمتاع دلت الاية على جواز عقد المتعة **ولنا** الكتاب
والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى والذين هم لفروجهم
حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم حرم الجماع الا باحد شيين والمتعة
ليست بنكاح ولا بملك يمين فيبقى التحريم والدليل على انها ليست بنكاح انها
ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجري التوارث بينهما فدل انها ليست
بنكاح فلم تكن هي زوجة له وقوله تعالى في اخر الاية فمن ابتغى وراء ذلك

ان تثبت على المولى لامته
ولا على الحرة لعبدها

فاولئك هم العادون سمى مبتغي ما وراء ذلك عاديا فدل على حرمة الوطي
بدون هذين الشيئين وقوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغا فكان ذلك
منهم اجارة الاما فنهى عن ذلك وسماه بغا فدل على الحرمة **واما السنة**
فما روي عن علي رضي الله عنه نهى عن متعة النسا يوم خيبر وعن اكل لحوم
الحمر الانسية وروي في رواية اخرى انه نهى عن ذلك يوم فتح مكة وروي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قايما بين الركن والمقام وهو يقول
اني كنت اذنت لكم في المتعة فمن كان عنده شي فليفارقه ولا تاخذوا مما
اتيتموهن شيا ان الله قد حرمها الى يوم القيامة **واما الاجماع**
فلان الامة باسرهم امتنعوا عن العمل بالمتعة مع ظهور الحاجة لهم الى ذلك
واما المعقول فهو ان النكاح ما شرع لاقتضا الشهوة بل لاغراض
ومقاصد يتوسل به اليها واقتضا الشهوة بالمتعة لا تقع وسيلة الى المقاصد
فلا تشرع **واما الاية** فمعنى قوله فما استمتعتم به منهن اي في النكاح لان
المذكور في اول الاية واخرها هو النكاح فان الله تعالى ذكر اجناسا من
المحرمات في اول الاية في النكاح واباح ما وراها بالنكاح بقوله واحل لكم
ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم اي بالنكاح وقوله محصنين غير مسافحين
اي متناكحين غير زانين وقال في سياق الاية ومن لم يستطع منكم طولا ان
ينكح المحصنات ذكر النكاح لا الاجارة والمتعة فيصرف قوله فما استمتعتم
به منهن الى الاستمتاع بالنكاح **واما** قوله سمى الواجب اجرا فنعم لكن المهر
في النكاح يسمى اجرا قال الله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن واتوهن اجورهن
بالمعروف اي مهورهن وقال يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت
اجورهن وقوله امر بايتا الاجر بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس
النكاح ويوخذ قبل الاستمتاع **قلنا** قد قيل في الاية تقديم وتاخير كانه قال
واتوهن اجورهن بما استمتعتم به منهن اذا اردتم الاستمتاع بهن كقوله تعالى يا ايها
النبي اذا طلقتم النسا فطلقوهن لعدتهن اي اذا اردتم تطليق النسا
على انه ان كان المراد من الاية الاجارة والمتعة فقد صارت منسوخة
بما تلونا من الايات وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان قوله فما استمتعتم به منهن
نسخه قوله يا ايها النبي اذا طلقتم النسا وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال
المتعة متعة النسا منسوخة نسختها اية الطلاق والسراح والعدة والمواريث
والحقوق التي تجب في النكاح اي النكاح هو الذي تثبت به الاشيا فلا يثبت
شي منها بالمتعة والله اعلم **واما** الثاني فهو ان يقول اتزوجك عشرة ايام
ونحو ذلك فانه فاسد عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر النكاح جايز وهو مويد

انه رسول الله صلى الله عليه وسلم

وعن سبرة الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم فتح مكة وعن عبد الله ابن عمر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الاهلية م

العمل م

ورويناه من الاحاديث م

والشرط

والشرط باطل **وروى** الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال اذا
ذكرا من المدة مقدار ما يعيشان الى تلك المدة فالنكاح باطل وان ذكرا
من المدة مقدار ما لا يعيشان الى تلك المدة في الغالب يجوز النكاح كانهما
ذكرا الابد **وجه** قول زفر انه ذكر النكاح وشرط فيه شرطا فاسدا والنكاح ح
لا تبطله الشروط الفاسدة فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا كما اذا قال تزوجتك
على ان اطلقك الى عشرة ايام **ولنا** انه لو جاز هذا العقد لكان لا يخلو
اما ان يجوز موقتا بالمدة المذكورة واما ان يجوز مويدا لا سبيل الى الاول
لان هذا معنى المتعة الا انه عبر عنها بلفظ النكاح والتزوج والمعتبر
في العقود معانيها لا الالفاظ كالكفالة بشرط براة الاصيل انها حوالة
معنى لوجود معنى الحوالة وان لم يوجد لفظها والمتعة منسوخة ولا وجه
للثاني لان فيه استحقاق البضع عليها من غير رضاها وهذا لا يجوز **واما**
قوله اتى بالنكاح ثم ادخل عليه شرطا فاسدا فممنوع بل اتى بنكاح موقت والنكاح
الموقت نكاح متعة والمتعة منسوخة فصار هذا كالنكاح المضاف انه لا
يصح ولا يقال انه يصح النكاح وتبطل الاضافة لان ما اتى به نكاح مضاف وانه
لا يصح كذا ههنا بخلاف ما اذا قال اتزوجك على ان اطلقك الى عشرة ايام لان
هناك ابد النكاح ثم شرط قطع التابيد بذكر الطلاق في النكاح المويد
لان على كلمة شرط والنكاح المويد لا تبطله الشروط والله اعلم **فصل**
ومنها المهر عندنا فلا جواز للنكاح بدون المهر والكلام في هذا الشرط في
مواضع في بيان ان المهر هل هو شرط جواز النكاح ام لا وفي بيان ادنى المقدار
الذي يصلح مهرا وفي بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وفي بيان حكم صحة
التسمية وفسادها وفي بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية
وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام وفي بيان ما يتاكد به كل المهر وفي بيان
ما يسقط به الكل وفي بيان ما يسقط به النصف وفي بيان حكم اختلاف الزوجين
في المهر **اما الاول** فقد اختلف فيه قال اصحابنا رحمهم الله ان المهر
شرط جواز نكاح المسلم وقال الشافعي رضي الله عنه ليس بشرط ويجوز النكاح
بدون المهر حتى ان من تزوج امراة ولم يسم لها مهرا بان سكت عن ذكر المهر او تزوج
على ان لا مهر لها ورضيت المراة بذلك يجب مهر المثل بنفس العقد عندنا حتى
تثبت لها ولاية المطالبة بالتسليم ولو ماتت المراة قبل الدخول يوخذ مهر المثل
من الزوج ولو مات الزوج قبل الدخول تستحق مهر المثل من تركته وعنده لا يجب
مهر بنفس العقد وانما يجب بالفرض على الزوج او بالدخول حتى لو دخل بها قبل
الفرض يجب مهر المثل ولو طلقها قبل الدخول بها وقبل الفرض لا يجب مهر المثل

المثل م

بلا مهر فلا يقضي لها بشيء في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد يقضي لورثتها
بمهر مثلها وتستوفي من تركة الزوج ولا خلاف في ان النكاح يصح من غير ذكر المهر
ومع نفيه لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن
فريضة رفع الجناح عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه والطلاق لا يكون الا بعد
النكاح فدل على جواز النكاح بلا تسمية وقوله يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم
المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن والمراد منه الطلاق في نكاح لا
تسمية فيه بدليل انه اوجب المتعة بقوله فمتعوهن والمتعة انما تجب في نكاح
لا تسمية فيه فيدل على جواز النكاح من غير تسمية ولانه متى قام الدليل على
الدليل على انه لا جواز للنكاح بدون المهر كان ذكره ذكرا للمهر ضرورة واحتج
الشافعي رضي الله عنه بقوله تعالى واتوا النساء صدقاتهن نحلة سمى الصداق
نحلة والنحلة هي العطية والعطية هي الصلة فدل ان المهر صلة زايدة في باب
النكاح فلا يجب بنفس العقد ولان النكاح عقد ازدواج لان اللفظ لا
ينبئ الا عنه فيقتضي ثبوت الزوجية بينهما وحل الاستمتاع لكل واحد منهما
بصاحبه تحقيقا لمقاصد النكاح الا انه ثبت عليها نوع ملك في منافع البضع
ضرورة تحقيق المقاصد ولا ضرورة في اثبات ملك المهر لها عليه فكان المهر
عهدة زايدة في حق الزوج صلة لها فلا يصير عوضا الا بالتسمية والدليل
على جواز النكاح من غير مهر ان المولى اذا زوج امته من عبده يصح النكاح ولا
يجب المهر لانه لو وجب عليه لوجب للمولى ولا يجب للمولى على عبده دين وكذا
الذمي اذا تزوج ذمية بغير مهر جاز النكاح ولا يجب المهر وكذا اذا ماتت
في هذه المسألة قبل الفرض لا يجب شيء عند ابي حنيفة رحمه الله **ولنا**
قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم اخبر انه احل ما وراء
ذلك بشرط الابتغاء بالمال دل انه لا جواز للنكاح بدون المال **فان قيل**
الاحلال بشرط ابتغاء المال لا ينفي الاحلال بدون هذا الشرط **فالجواب**
ان الاصل في الابضاع والنفوس هو الحرمة والاباحة تثبت بهذا الشرط
فعند عدم الشرط تبقى الحرمة على الاصل لا حكما للتعليق بالشرط فلم يكن نقضا
لاصلنا رحمه الله تعالى وروى علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان رجلا
كان يختلف اليه شهرا يسأله عن امرأة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيئا
وكان يتردد في الجواب فلما تم الشهر قال للسائل لم اجد ذلك في كتاب الله تعالى
ولا فيما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن اجتهد فيه برأيي فان
اصبت فمن الله وان اخطأت فمن ابن ام عبد وفي رواية فان كان صوابا
فمن الله وان كان خطأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان ارى

وانما تجب المتعة ولو مات الزوجان صح

خصوصا على اصلكم ان تعليق الحكم بشرط لا ينفي وجوده عند عدم الشرط صح

لها

لها مهر نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال اشهد
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعية بمثل
قضائك هذا ثم قام اناس من اشجع وقالوا انا نشهد بمثل شهادته ففرح عبد الله
فرحا لم يفرح مثله في الاسلام بموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولان ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد لا حصول لها الا بالدوام
على النكاح والقرار عليه ولا يدوم الا بوجوب المهر بنفس العقد لما يجري بين
الزوجين من الاسباب التي تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخصومة
فلو لم يجب المهر بنفس العقد لا يبالي الزوج عن ازالة هذا الملك بادنى خشونة
يحدث بينهما لانه لا يشق عليه ازالته لما لا يخاف لزوم المهر فلا تحصل المقاصد
المطلوبة من النكاح ولان مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل الا بالموافقة ولا
تحصل الموافقة الا اذا كانت عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة الا بانسداد
طريق الوصول اليها الا بمال له خطر عنده لان ما ضاق طريق الوصول اليه
يعز في الاعين فيعز امساكه وما تيسر طريق اصابته يهون في الاعين فيهون
امساكه ومتى هانت في عين الزوج للوحشة فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد
النكاح ولان الملك ثابت في جانبها اما في نفسها واما في المتعة واحداث الملك
في الحرة مشعر بالذل والهوان فلا بد وان يقابله مال له خطر لينجبر الذل
من حيث المعنى **والدليل** على صحة ما قلنا وفساد ما قاله انها اذا طلبت الفرض
من الزوج يجب عليه الفرض حتى لو امتنع فالقاضي يجبره على ذلك ولو لم يفعل ناب
منابه في الفرض وهذا دليل الوجوب قبل الفرض لان الفرض تقدير ومن
المحال وجوب تقدير ما ليس بواجب وكذا لها ان تحبس نفسها حتى يفرض المهر
ويسلم اليها بعد الفرض وذلك كله دليل الوجوب بنفس العقد **واما الاية**
فالنحلة كما تذكر بمعنى العطية تذكر بمعنى الدين يقال ما نحلتك اي ما دينك
فكان معنى قوله واتوا النساء صدقاتهن نحلة اي دينا اي انحلوا ذلك دينا وعلى هذا
كانت الاية حجة عليه لانها تقتضي ان يكون وجوب المهر في النكاح دينا فتبقى
الاحتمال في المراد بالاية فلا تكون حجة مع الاحتمال **واما قوله** ان النكاح ينبئ
عن الازدواج فقط فنعم لكنه شرع لمصالح لا تحصل الا بالمهر فيجب المهر الا ترى
انه لا ينبئ عن الملك ايضا لكن لما كان مصالح النكاح لا تحصل بدونه ثبت تحصيلا
للمصالح كذا المهر **واما المولى** فاذا زوج امته من عبده فقد قيل ان المهر يجب
ثم يسقط وفايدة الوجوب صحة جواز النكاح **واما الذمي** اذا تزوج ذمية
بغير مهر فعلى قولهما يجب المهر واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فيجب ايضا
الا انا لا نتعرض لهم لانهم يدينون ذلك ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون حتى

مثل صح

تلحقها صح

لها صح

تزوج ذمي ذمية بغير مهر

انهما لو ترافعا الى القاضي فرض القاضي لها المهر وكذا اذا مات الزوجان يقضي بمهر
المثل لورثة المراة عندهما وعند ابي حنيفة انما لا يقضى به لوجود الاستيفا دلالة
لان موتهما معا في زمان واحد نادر وانما الغالب موتهما على التعاقب فاذا لم يجر
المطالبة بالمهر دل ذلك على الاستيفا او على استيفا البعض والابرا عن البعض
معا انه قد قيل ان قول ابي حنيفة رحمه الله محمول على ما اذا تقادم العهد حتى لم
يبق من نسائها من يعتبر به مهر مثلها كذا ذكره ابو الحسن الكرخي وابو بكر
الرازي وعند ذلك يتعذر القضا بمهر المثل والى هذا اشار محمد لابي حنيفة
وقال ارايت لو ان ورثة علي ادعوا على ورثة عمر مهر ام كلثوم رضي الله عنهم
اكنت اقضي به وهذا المعنى لم يوجد في موت احدهما فيجب مهر المثل والله
الموفق **فصل** واما بيان ادنى المقدار الذي يصلح مهرا فادناه عشرة دراهم
او ما قيمته عشرة دراهم وهذا عندنا وعند الشافعي المهر غير مقدر يستوي
فيه القليل والكثير ويصلح الدانق والحبة مهرا واحتج بما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال من اعطى في نكاح ملء كفيه طعاما او دقيقا او
سويقا فقد استحل وروي عن انس رضي الله عنه انه قال تزوج عبد الرحمن
بن عوف امراة على وزن نواة من ذهب وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله
عنهم فدل ان التقدير في المهر ليس بلازم ولان المهر يثبت حقا للعبد وهو
المراة بدليل انها تملك التصرف فيه استيفا واسقاطا فكان التقدير فيه الى
العاقدين **ولنا** قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم شرط
ان يكون المهر مالا والحبة والدانق ونحوهما لا يعد مالا فلا يصلح مهرا وروي
عن جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا مهر دون عشرة
دراهم وعن عمر وعلي وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا لا يكون المهر
اقل من عشرة دراهم والظاهر انهم قالوا ذلك توقيفا لانه باب لا يوصل
اليه بالاجتهاد والقياس ولانه لما وقع الاختلاف في المقدار يجب الاخذ
بالمتيقن وهو العشرة **واما الحديث** فمعناه اثبات الاستحلال اذا ذكر فيه
مال قليل لا يبلغ قيمته عشرة وعندنا الاستحلال ثابت لان النكاح صحيح
الا ترى انه يصح من غير تسمية شي اصلا فعند تسمية مال قليل اولى الا ان المسمى
اذا كان دون العشرة يكمل عشرة وليس في الحديث نفي الزيادة على القدر المذكور
وعندنا قام دليل الزيادة الى العشرة لما ذكرنا فيكمل عشرة ولا حجة له فيما روي
من الاثر لان وزن نواة من ذهب قد تكون مثل وزن دينار بل تكون اكثر في العادة
فان قيل روي ان قيمة النواة كانت ثلاثة دراهم **فالجواب**
ان المقوم غير معلوم فلا يجوز ان يجعل قول ذلك المقوم حجة على الخبر حتى يعلم

انه

٣٥

قوم
انه من كان معها انه قد قال ان النواة كان يبلغ وزنها قيمة عشرة دراهم وبه قال
ابراهيم النخعي رحمه الله على ان القدر المذكور في الخبر والاثر يحتمل ان يكون معجلا
في المهر لا اصل المهر على ما جرت العادة بتعجيل شي من المهر قبل الدخول ويحتمل
ان يكون ذلك كله في حال جواز النكاح بغير مهر على ما قيل ان النكاح كان جائزا
العبد
بغير مهر الى ان نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشغار واما قوله ان المهر حق
فكان التقدير فيه الى العبد فنقول نعم هو في حالة البقا حقها على الخلوص
فاما في حالة الثبوت فحق الشرع متعلق به ابانة لخطر البضع صيانة له عن شبهة
الابتذال بايجاب مال له خطر في الشرع كما في باب السرقة فان كان المسمى اقل من
عشرة يكمل عشرة عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لها مهر المثل **وجه** قوله ان
ما دون العشرة لا يصلح مهرا فسدت التسمية كما لو سمى خمرا او خنزيرا فيجب مهر المثل
ولنا انه لما كان ادنى المقدار الذي يصلح مهرا في الشرع وهو العشرة
كان ذكر بعض العشرة ذكرا للكل لان العشرة في كونها مهرا لا يتجزى وذكر البعض
فيما لا يتبعض يكون ذكرا لكله كما في الطلاق والعفو عن القصاص واما قوله
ان ما دون العشرة لا يصلح مهرا فتفسد التسمية فنقول التسمية انما تفسد
اذا لم يكن المسمى مالا او كان مجهولا وها هنا المسمى مال وان قل وهو معلوم
الا انه لا يصلح مهرا بنفسه الا بغيره فكان ذكره ذكرا لما هو الادنى من المصالح
بنفسه وفيه تصحيح تصرفه بالقدر الممكن فكان اولى من الحاقه بالعدم وفيه
اخذ بالمتيقن ايضا فكان احق بخلاف ما اذا ذكر خمرا او خنزيرا لان المسمى ليس
بمال فلم يصلح مهرا لا بنفسه ولا بغيره ففسدت التسمية فوجب الموجب الاصلي
وهو مهر المثل ولو تزوجها على ثوب معين او موصوف او على مكيل او موزون معين
او موصوف فلها ذلك اذا بلغت قيمته عشرة دراهم ويعتبر قيمته يوم العقد
يوم العقد عشرة فلم يسلمه اليها حتى صارت قيمته
لا يوم التسليم حتى لو كانت قيمته ثمانية فليس لها الا ذلك ولو كانت قيمته يوم العقد
ثمانية فلم يسلمه لها حتى صارت قيمته عشرة فلها ذلك ودرهمان وذكر الحسن
عن ابي حنيفة انه فرق بين الثوب وبين المكيل والموزون فقال في الثوب تعتبر
قيمته يوم التسليم وفي المكيل والموزون يوم العقد وهذا الفرق لا يعقل له
وجه في المعنى لان الزوج يجبر على تسليم العين فيهما جميعا **ووجه** الفرق
بينهما في الموصوف ان المكيل او الموزون اذا كان موصوفا في الذمة فالزوج
مجبور على دفعه ولا يجوز دفع غيره من غير رضاها فكان مستقرا مهرا بنفسه في
ذمته فتعتبر قيمته يوم الاستقرار وهو يوم العقد فاما الثوب وان وصف
فلم يتقرر مهرا في الذمة بنفسه بل الزوج مخير بين تسليمه وتسليم قيمته في احدى
الروايتين على ما نذكر وانما يتقرر مهرا بالتسليم فتعتبر قيمته يوم التسليم

وجه ظاهر الرواية ان ما جعل مهرا لم يتغير في نفسه وانما التغير في رغبات
الناس بحدوث فتور فيها ولهذا لو غصب شيا قيمته عشرة فتغير سعره وصار
يساوي خمسة فرده على المالك لا يضمن شيا ولانه لما سمى ما هو ادون من ماليته
من العشرة كان ذلك تسمية للعشرة لان ذكر البعض فيما لا يتجزى ذكر لكله
فصار كانه سمى ذلك ودرهمين ثم ازدادت قيمته والله اعلم

فصل

واما بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وبيان حكم صحة التسمية وفسادها
فنقول لصحة التسمية شرايط منها ان يكون المسمى مالا متقوما وهذا عندنا
وعند الشافعي هذا ليس بشرط وتصح التسمية سوا كان المسمى مالا او لم يكن
بعد ان كان مما يجوز اخذ العوض عنه واحتج بما روي ان امراة جاءت
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني وهبت نفسي لك
فقال صلى الله عليه وسلم ما لي في النسا من حاجة فقام رجل وقال زوجنيها
يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عندك فقال ما عندي شي
فقال اعطها ولو خاتما من حديد فقال ما عندي فقال هل معك شي من القران
قال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما معك من القران ومعلوم ان المسمى
وهو السورة من القران لا توصف بالمالية فدل ان كون المسمى مالا ليس بشرط
لصحة التسمية ولنا قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم
محصنين شرط ان يكون المهر مالا فما لا يكون مالا لا يكون مهرا فلا يصح تسميته
مهرا وقوله تعالى فنصف ما فرضتم امر بتنصيف المفروض في الطلاق قبل
الدخول فيقتضي كون المفروض محتملا للتنصيف وهو المال واما الحديث
فهو في حد الاحاد ولا يترك نص الكتاب بالخبر الواحد مع ان ظاهره متروك
لان السورة من القران لا تكون مهرا بالاجماع وليس فيه ذكر تعليم القران ولا
ما يدل عليه ثم تاويله زوجتكها بسبب ما معك من القران وحرمته وبركته
الا انه كان ذلك النكاح بغير تسمية مال وعلى هذا الاصل مسايل اذا تزوج
على تعليم القران او على تعليم الحلال والحرام من الاحكام او على الحج والعمرة ونحوها
من الطاعات لا تصح التسمية عندنا لان المسمى ليس بمال فلا يصير شي من ذلك مهرا
ثم الاصل في التسمية انها اذا صحت وتقررت يجب المسمى ثم ينظر ان كان المسمى عشرة
فصاعدا فليس لها الا ذلك وان كان دون العشرة يكمل عشرة عند اصحابنا الثلاثة
خلافا لزفر والمسلة قد مرت واذا فسدت التسمية او تزلزلت يجب مهر المثل
لان العوض الاصلي في هذا الباب هو مهر المثل لانه قيمة البضع وانما يعدل عنه الى
المسمى اذا صحت التسمية وكانت التسمية تقديرا لتلك القيمة فاذا لم تصح التسمية
او تزلزلت لم يصح التقدير فاذا لم يصح التقدير وجب المصير الى العوض الاصلي

ولهذا

ولهذا كان المبيع بيعا فاسدا مضمونا بالقيمة في ذوات القيم لا بالثمن كذا هذا والنكاح
جايز لان جوازه لا يتوقف على التسمية اصلا فانه جايز عند عدم التسمية راسا فعدم التسمية
اذا لم يمنع جواز النكاح ففسادها اولى ان لا يمنع ولان التسمية اذا فسدت التحقت
بالعدم فصار كانه تزوجها ولم يسم شيا وهناك النكاح صحيح كذا هنا ولان تسمية
ما ليس بمال شرط فاسد والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة بخلاف البيع والفرق
ان الفساد في باب البيع لمكان الربا والربا لا يتحقق في النكاح فيبطل الشرط
ويبقى النكاح صحيحا وعنده تصح التسمية ويصير المذكور مهرا لانه يجوز اخذ العوض
عنه بالاستيجار عليه عنده فيصح تسميته مهرا وكذلك اذا تزوج امراة على
طلاق امراة اخرى او على العفو عن القصاص عندنا لان الطلاق ليس بمال
وكذا القصاص وعنده تصح التسمية لانه يجوز اخذ العوض عن القصاص والطلاق
وكذلك اذا تزوجها على ان لا يخرجها من بلدها او على ان لا يتزوج عليها لان المذكور
ليس بمال ولو تزوج المسلمة على ميتة او دم او خمر او خنزير لم تصح التسمية لان
الميتة او الدم ليس بمال في حق احد والخمر والخنزير ليس بمال متقوم في حق
المسلم فلم تصح تسمية شي من ذلك مهرا وعلى هذا يخرج نكاح الشغار وهو ان
يزوج الرجل اخته لاخر على ان يزوجه [2] امته فهذه التسمية فاسدة لان كل — [2] اخته او يزوجه بنته على ان يزوجه ابنته او يزوجه امته على ان يزوجه [3]
واحد منهما جعل بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى والبضع ليس بمال ففسدت
التسمية ولكل واحدة من المراتين مهر مثلها لما قلنا والنكاح صحيح عندنا وعند
الشافعي فاسد واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح
الشغار والنهي يوجب فساد المنهي عنه ولان كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة
من المراتين نكاحا وصداقا وهذا لا يصح ولنا ان هذا نكاح مويد ادخل فيه
شرط فاسد حيث شرط فيه ان يكون بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى والبضع لا
يصلح مهرا والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة كما اذا تزوجها على ان يطلقها
او على ان ينقلها من منزلها ونحو ذلك وبه تبين انه لم يجتمع النكاح والصداق
في بضع واحد لان جعل البضع صداقا لم يصح واما النهي عن نكاح الشغار فنكاح
الشغار هو النكاح الخالي عن العوض ماخوذ من قولهم شغر البلد اذا خلا عن السلطان
وشغر الكلب اذا رفع احدى رجليه وعندنا هذا نكاح بعوض وهو مهر المثل فلا
يكون شغارا على ان النهي ليس عن عين النكاح لانه تصرف مشروع مشتمل على مصالح
الدين والدنيا فلا يحتمل النهي عن اخلا النكاح عن تسمية المهر والدليل عليه ما روي — بل م
عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح
المراة بالمراة ليس لواحدة منهما مهر وهذا اشارة الى ان النهي لمكان ترك تسمية
المهر لا لعين النكاح فبقي النكاح صحيحا ولو تزوج حر امراة على ان يخدمها سنة فالتسمية

فاسدة ولها مهر مثلها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد التسمية صحيحة
ولها قيمة خدمته سنة وعند الشافعي رضي الله عنه التسمية صحيحة ولها
خدمته سنة وذكر ابن سماعة في نوادره انه اذا تزوجها على ان يرعى غنمها
سنة ان التسمية صحيحة ولها رعي سنة ولفظ رواية الاصل يدل على انه لا تصح غنمها
في رعي الغنم كما لا تصح في الخدمة لان رعي غنمها خدمتها من مشايخنا من جعل في
رعي الغنم روايتين ومنهم من قال يصح في رعي الغنم بالاجماع وانما الخلاف
في خدمته لها ولا خلاف في ان العبد اذا تزوج باذن مولاه امراة على ان
يخدمها سنة انه يصح التسمية ولها المسمى اما الشافعي رضي الله عنه فقد مر
على اصله ان كل ما يجوز اخذ العوض عنه يصح تسميته مهرا ومنافع الحر يجوز اخذ
العوض عنها لان اجارة الحر جائزة بلا خلاف فتصح تسميتها كما يصح تسمية منافع
العبد واما الكلام مع اصحابنا فوجه قول محمد ان منافع الحر مال لانها مال
في سائر العقود حتى يجوز اخذ العوض عنها فكذا في النكاح واذا كانت مالا
صحت التسمية الا انه تعذر التسليم لما في التسليم من استخدام الحرة زوجها
وانه حرام لما نذكر فيجب الرجوع الى قيمتها كما لو تزوجها على عبد فاستحق العبد
انه يجب عليه قيمة العبد لان تسمية العبد قد صحت لكونه مالا لكن تعذر تسليمه لما قلنا صح
بالاستحقاق فوجبت عليه قيمته لا مهر المثل كذا هذا **وجه قولهما**
ان المنافع ليست باموال متقومة على اصل اصحابنا ولهذا لم تكن مضمونة بالغصب
والاتلاف وانما يثبت لها حكم التقوم في سائر العقود شرعا ضرورة دفع الحاجة
بها ولا يمكن دفع الحاجة بها هاهنا لان الحاجة لا تندفع الا بالتسليم وانه
ممنوع عنه شرعا لان استخدام الحرة زوجها حرام لكونه استهانة واذلالا الحرمة
به وهذا لا يجوز ولهذا لا يجوز للابن ان يستاجر اباه للخدمة فلا يسلم خدمته
لها شرعا فلا يمكن دفع الحاجة بها فلم يثبت لها التقوم فبقيت على الاصل وصار كما
لو سمى ما لا قيمة له كالخمر والخنزير وهناك لا تصح التسمية ويجب مهر المثل كذا
هاهنا حتى لو كان المسمى فعلا لا استهانة فيه ولا منة له على الرجل كرعي دوابها
وزراعة اراضيها والاعمال التي خارج البيت تصح التسمية لان ذلك من باب
القيام بامرها لا من باب الخدمة بخلاف العبد لان استخدام زوجته اياه
ليس بحرام لانه عرضه للاستخدام والابتذال لكونه مملوكا ملحقا بالبهائم ولان
مبنى النكاح على الاشتراك في القيام بمصالح المعاش فكان لها في خدمته حق
فاذا جعل خدمته لها مهرا فكانه جعل ما هو لها مهرها فلم يجز كالاب اذا
استاجر ابنه لخدمته انه لا يجوز لان خدمة الاب مستحقة عليه كذا هذا بخلاف
العبد لان خدمته خالص ملك المولى فصحت التسمية ولو تزوجها على منافع سائر الاعيان

من سكنى

من سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة ارضه ونحو ذلك
من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع اموال والحقت
بالاموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وامكان
الدفع بالتسليم ثابت بتسليم محالها اذ ليس فيه استخدام المراة زوجها فجعلت
اموالا والحقت بالاعيان فصحت تسميتها وعلى هذا يخرج ما اذا قال تزوجتك
على هذا العبد فاذا هو حر وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان سمى ما يصلح
مهرا واشار الى ما لا يصلح مهرا واما ان سمى ما لا يصلح مهرا واشار الى ما يصلح فان سمى مهرا م
ما يصلح مهرا واشار الى ما لا يصلح مهرا بان قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو
حر او على هذه الشاة الذكية فاذا هي ميتة او على هذا الدن الخل فاذا هو خمر
فالتسمية فاسدة في جميع ذلك ولها مهر مثلها في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي
قول ابي يوسف تصح التسمية في الكل وعليه في الحر قيمة الحر لو كان عبدا وفي
الشاة قيمة الشاة لو كانت ذكية وفي الخمر مثل ذلك الدن من خل وسط ومحمد
فرق فقال مثل قول ابي حنيفة في الحر والميتة ومثل قول ابي يوسف في الخمر
وجه قول ابي يوسف ان المسمى مال لان المسمى هو العبد والشاة
الذكية والخل وكل ذلك مال فصحت التسمية الا انه اذا ظهر ان المشار اليه
خلاف الجنس المسمى في صلاحية المهر تعذر التسليم فيجب القيمة في الحر والشاة
لانهما ليسا من المثليات وفي الخمر يجب مثلها خلا لانها مثلي كما لو هلك المسمى
او استحق **وجه** قول محمد في الفرق ان الاشارة مع التسمية اذا
اجتمعا في العقود فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار
اليه وان كان من خلاف جنسه يتعلق العقد بالمسمى هذا اصل مجمع عليه
في البيع على ما نذكره في البيوع والحر من جنس العبد لاتحاد جنس المنفعة
وكذا الشاة الميتة من جنس الشاة الذكية فكانت العبرة للاشارة
والتحقت التسمية بالعدم والمشار اليه لا يصلح مهرا فصار كانه اقتصر
على الاشارة ولم يسم بان قيل تزوجتك على هذا وسكت واما الخمر مع الخل
فجنسان مختلفان لاختلاف جنس المنفعة فتعلق العقد بالمسمى لكن تعذر تسليمه وهو مثلي فيجب
خل ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاشارة والتسمية كل واحدة منهما وضعت للتعريف
الا ان الاشارة ابلغ في التعريف لانها تحصر العين وتقطع الشركة والتسمية
لا توجب احصار العين ولا قطع الشركة فسقط اعتبار التسمية عند الاشارة
فبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فيجب مهر المثل كما
لو اشار الى الميتة والدم والخمر والخنزير ولم يسم وحقيقة الفقه لابي
حنيفة رحمه الله ان هذا حر سمي عبدا وتسمية الحر عبدا باطل لانه كذب

فالتحقت التسمية بالعدم وبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال
فالتحقت الاشارة بالعدم ايضا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا وهذا
فقه واضح بحمد الله تعالى هذا اذا سمى ما يصلح مهرا واشار الى ما يصلح مهرا
فاما اذا سمى ما لا يصلح مهرا واشار الى ما يصلح مهرا بان قال تزوجتك على هذا
الحر فاذا هو عبد او على هذه الميتة فاذا هي ذكية او على هذا الدن الخمر
فاذا هو خل فقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان التسمية فاسدة ولها
المشار اليه وروى محمد عنه ان لها مهر المثل ورواية ابي يوسف اصح
الروايتين لان الاصل عند ابي حنيفة ان التسمية لا حكم لها مع الاشارة
في باب النكاح فكانت العبرة للاشارة والمشار اليه ط **وجه**
ما روى محمد عنه انه لما سمى ما لا يصلح مهرا واشار الى ما يصلح مهرا فقد هزل
بالتسمية والهازل لا يتعلق بتسميته حكم فبطل كلامه راسا ولو تزوجها
على هذا الدن الخمر وقيمة الظرف عشرة دراهم فصاعدا روى ابن سماعة
عن محمد في هذه المسئلة روايتين روى عنه ان لها الدن لا غير وروى عنه
ايضا ان لها مهر المثل **وجه** الرواية الاولى انه سمى ما يصلح مهرا
وهو الظرف وما لا يصلح مهرا وهو الخمر فيلغو ما لا يصلح ويصير ما يصلح مهرا
كما لو تزوجها على الخل والخمر وقيمة الخل عشرة انه يكون لها الخل لا غير
لما قلنا كذا هذا **وجه** الرواية الاخرى ان الظرف لا يقصد بالعقد
عادة بل هو تابع وانما المقصود هو المظروف فاذا بطلت التسمية في
المقصود تبطل فيما هو تبع له والله اعلم ولو تزوجها على هذين العبدين
فاذا احدهما حر فليس لها الا العبد الباقي اذا كانت قيمته عشرة دراهم في
قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا
وقال محمد ينظر الى العبد ان بلغت قيمته مهر مثلها فليس لها الا العبد وان كانت
قيمته اقل من مهر مثلها يبلغ الى تمام مهر مثلها وهو قول زفر وهذا بناء على
الاصول التي ذكرنا هو من اصل ابي يوسف ان جعل الحر مهرا صحيح اذا سمى
عبدا ويتعلق بقيمته ان لو كان عبدا فيتعلق العقد بالمسميين جميعا بقدر
ما يحتمل كل واحد منهما التعلق به فيتعلق بالعبد بعينه لانه ممكن ويتعلق
بالحر بقيمته لو كان عبدا لانه لا يحتمل التعلق بعينه ومن اصل محمد ان المشار اليه
اذا كان من جنس المسمى فالعقد يتعلق بالمشار اليه والحر من جنس العبد لاتحاد
جنس المنفعة فيتعلق العقد بهما الا انه لا سبيل الى الجمع بين المسمى وبين مهر
المثل فيجب مهر المثل الا ترى لو كانا حرين يجب مهر المثل عنده ومتى وجب
مهر المثل امتنع وجوب المسمى ولابي حنيفة رحمه الله اصلان احدهما ما ذكرنا

ان الحر

ط يصلح مهرا لانه مال فكان لها المشار اليه م

ان الحر اذا جعل مهرا وسمى عبدا لا يتعلق بتسميته شيء وجعل ذكره والعدم بمنزلة
واحدة والثاني ان العقد اذا اضيف الى ما يصلح والى ما لا يصلح يلغو ما لا
يصلح ويستقر ما يصلح كمن جمع بين امراة تحل له وامراة لا تحل له وتزوجهما في عقد
واحد بمسمى يجب كل المسمى بمقابلة الحلال والعقد نكاحها تصحيحا للعقد والتسمية
بقدر الامكان وتقرير العقد فيما امكن تقريره والغاؤه فيما لا يمكن تصحيحه
فيه والعبد هو الصالح لكونه مهرا فصحت تسميته وتصير مهرا لها اذا بلغت قيمته
عشرة فصاعدا وعلى هذا الخلاف اذا تزوجها على بيت وخادم والخادم حر
ولو تزوجها على هذين الدنين من الخل فاذا احدهما خمر لها الباقي لا غير في قول
ابي حنيفة اذا كان يساوي عشرة دراهم كما في العبدين وعندهما لها الباقي
ومثل ذلك الدن من الخل وقد ذكرنا الاصل ولو سمى مالا وضم اليه ما ليس
بمال لكن لها فيه منفعة نحو طلاق امراة اخرى وامساكها في بلدها او العفو
عن القصاص فان وفا بالمنفعة فليس لها الا ما سمى اذا كان عشرة فصاعدا لانه
سمى ما يصلح مهرا بنفسه وشرط لها منفعة وقد وفا بما شرط لها فصحت التسمية
وصارت العشرة مهرا وان لم يف بالمنفعة فلها مهر مثلها ثم ينظر ان كان ما سمى
لها من المال مثل مهر مثلها او اكثر فلا شيء لها الا ذلك وان كان ما سمى لها اقل من
مهر مثلها يتمم لها مهر مثلها عندنا وقال زفر ان كان المضموم مالا كما اذا شرط
ان يهدي لها هدية فلم يف بها يتمم لها مهر المثل وان كان غير مال كطلاق امراة
اخرى او ان لا يخرجها من بلدها فليس لها الا ما سمى **وجه** قول زفر ان ما ليس
بمال لا يتقوم فلا يكون فواته مضمونا بعوض وما هو مال يتقوم فاذا لم يسلم لها
جاز لها الرجوع الى تمام العوض **ولنا** ان الموجب الاصلي في هذا الباب
هو مهر المثل فلا يعدل عنه الا عند استحكام التسمية فاذا وفا بالمنفعة
فقد تقررت التسمية فوجب المسمى واذا لم يف لها لم تتقرر لانها ما رضيت بالمسمى
من المال عوضا بنفسه بل بمنفعة اخرى مضمومة اليه وهي منفعة اخرى مرغوب فيها
حلال الاستيفاء شرعا فاذا لم يسلم لها لم تتقرر التسمية فبقي حقها في العوض الاصلي
وهو مهر المثل فان كان ما سمى لها من المال مثل مهر مثلها او اكثر فليس لها الا
ذلك لانه وصل اليها قدر حقها وان كان اقل من مهر مثلها يكمل لها مهر مثلها
ايضا لا لحق الى المستحق فرق بين هذا وبينما اذا تزوجها على مهر صحيح وارطال
من خمر ان المهر ما سمى لها اذا كان عشرة فصاعدا ويبطل الحرام وليس لها تمام
مهر مثلها لان تسمية الخمر لم تصح في حق الانتفاع لها في حق المسلم فلا يجوز ان يجب
بفواتها عوض فالتحقت تسميتها بالعدم وصار كانه لم يسم الا المهر الصحيح فلا يجب
لها الا المهر الصحيح بخلاف المسئلة الاولى وعلى هذا يخرج ما اذا اعتق امته

م المسلم اذ لا منفعة للمسلم فيها لحرمته م

على ان تزوج نفسها منه فقبلت عتقت لانه اعتقها بعوض فيزول ملكه بقبول العوض
كما لو باعها وكما اذا قال لها انت حرة على الف درهم بخلاف ما اذا قال لعبده
ان اديت الي الفا فانت حر انه لا يعتق بالقبول ما لم يؤد لان ذلك ليس بمعاوضة
بل هو تعليق وهو تعليق الحرية بشرط الاداء اليه فما لم يوجد الاداء اليه لا يوجد
الشرط ثم اذا اعتقت بالقبول فبعد ذلك لا يخلو اما ان زوجت نفسها
منه واما ان ابت التزويج فان زوجت نفسها منه ينظر ان كان قد سمي لها مهرا
آخر هو مال سوى الاعتاق فلها المسمى اذا كان عشرة دراهم فصاعدا وان — وان كان دون العشرة يكمل عشرة صح
كان لم يسم لها سوى الاعتاق فلها مهر مثلها في قول ابي حنيفة ومحمد وقد قال
ابو يوسف صداقها عتاقها ليس لها غير ذلك **وجه** قوله ان العتق بمعنى
المال بدليل انه يجوز اخذ العوض عنه بان اعتق عبده على مال فجاز ان يكون
مهرا ولهما ان العتق ليس بمال حقيقة لان الاعتاق ابطال المالية فكيف يكون
العتق مالا الا انه يجوز اخذ عوض هو مال عنه وهذا لا يدل على كونه مالا بنفسه
الا ترى ان الطلاق ليس بمال ويجوز اخذ العوض عنه وكذا القصاص واخذ — ليس بمال صح
البدل عنه جائز ونفس الحر ليست بمال وان ابت ان تزوج نفسها منه لا تجبر
على ذلك لانها حرة ملكت نفسها فلا تجبر على النكاح لكنها تسعى في قيمتها للمولى
عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا سعاية عليها **وجه** قوله ان السعاية انما
تجب لتخليص الرقبة وهذه حرة خالصة فلا يلزمها السعاية **ولنا** ان المولى
ما رضي بزوال ملكه عن رقبتها الا بنفع يقابله وهو تزويج نفسها منه وهذه
منفعة مرغوب فيها وقد تعذر عليه استيفاء هذه المنفعة بمعنى من جهتها وهو
اباؤها فيقام بدل رقبتها مقامها دفعا للضرر عنه **واما قوله** السعاية
انما تجب لفكاك الرقبة وتخليصها وهي حرة خالصة فنقول السعاية قد تكون
لتخليص الرقبة وهذا المستسعى يكون في حكم المكاتب على اصل ابي حنيفة وقد يكون
لحق في الرقبة لا لفكاك الرقبة كالعبد المرهون اذا اعتقه الراهن وهو
معسر وكما اذا قال لعبده انت حر على قيمة رقبتك فقبل حتى عتق كذا هاهنا
ولو تزوج امراة على عتق ابيها او ذي رحم منها او على عتق عبد اجنبي عنها فهذا
لا يخلو اما ان ذكر فيه كلمة عنها بان قال اتزوجك على عتق ابيك عنك
او على عتق هذا العبد عنك واشار الى عبد اجنبي عنها واما ان لم يذكر فان لم
يذكر وقبلت عتق العبد والولاء للزوج لا لها لان المعتق هو الزوج والولاء
للمعتق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولها مهر مثلها وان لم يكن سمي لها
مهرا آخر هو مال وان كان قد سمي فلها المسمى لانه علق العتق بقبولها النكاح فاذا
قبلت عتق والعتق لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فان كان هناك مال مسمى وجب

ذلك

ذلك لانه صحت تسميته مهرا فوجب المسمى وان لم يكن فتسمية العتق مهرا لم يصح لانه
ليس بمال فان كان هناك مسمى وجب ذلك لانه صحت تسميته مهرا فوجب المسمى
وان لم يكن فتسمية العتق مهرا لانه ليس بمال فيجب مهر المثل هذا اذا لم يذكر
عنها فاما اذا ذكر فقبلت عتق العبد عنها وثبت الولاء لها وصار ذلك مهرا لها
لانه لما ذكر العتق عنها ولا يكون العتق عنها الا بعد سبق الملك لها فملكته اولا
ثم عتق عنها كمن قال لآخر اعتق عبدك عني على الف درهم يجوز — ٣ عني صح
ويقع العتق عن الآمر وحال ما ملكته كان مالا فصلح ان يكون مهرا هذا اذا
تزوجها على العتق فاما اذا تزوجها على الاعتاق بان تزوجها على ان يعتق
هذا العبد فهذا ايضا لا يخلو من احد وجهين اما ان ذكر فيه عنها
واما ان لم يذكر فان لم يذكر فقبلت صح النكاح ولا يعتق العبد هاهنا
بقبولها لانه وعد ان يعتق والعتق لا يثبت بوعد الاعتاق وانما يثبت بالاعتاق
فما لم يعتق لا يعتق بخلاف الفصل الاول لان التزوج هناك كان على العتق
لا على الاعتاق ثم اذا اعتقه فعتق يثبت الولاء له لا لها لان الاعتاق
منه لا منها والولاء للمعتق ولها مهر مثلها وان لم يكن هناك مهر آخر مسمى وهو
مال وان كان فلها ذلك المسمى لان الاعتاق ليس بمال بل هو ابطال المالية
سواء كان العبد اجنبيا او ذا رحم محرم منها لان الزوج اجنبي عن العبد
هذا اذا اعتق كما وعد فان ابى لا يجبر على ذلك لانه حر مالك الا انه
ينظر ان لم يكن ثم مسمى هو مال فلها مهر مثلها لما ذكرنا ان تسمية الاعتاق
مهرا لم يصح ولم يوجد تسمية شيء آخر هو مال فان كان المسمى مثل مهر المثل — ٣ فيتعين مهر المثل موجبا وان كان قد سمي لها شيئا آخر هو مال صح
او اكثر فلها ذلك المسمى لان الزوج رضي بالزيادة وان كان اقل من
مهر مثلها فان كان العبد اجنبيا فلها ذلك المسمى لا غير لانه شرط لها شرطا
لا منفعة لها فيه فلا يكون غارا لها بترك الوفا بما شرط لها وان كان ذا رحم
محرم منها يبلغ به تمام مهر مثلها لانها انما رضيت بدون مهر مثلها بما شرط فلم — ط لمنفعة شرط لها وهو عتق ذي رحم محرم منها فاذا لم يف لها صح
تكن راضية فصار غارا لها هذا اذا لم يقل عنها فاما اذا قال ذلك بان
تزوجها على ان يعتق هذا العبد عنها فقبلت صح النكاح وصار العبد ملكا لها
ثم ان كان العبد ذا رحم محرم منها عتق عليها لانها ملكت ذا رحم محرم منها
وكان ذلك مهرا لها لانها تملكه ثم يعتق عليها وان كان اجنبيا يكون الزوج
وكيلا عنها بالاعتاق فان اعتق قبل العزل نفذ العتق عنها وان عزلته
عن ذلك صح العزل والله اعلم **فصل** ومنها ان لا يكون مجهولا جهالة تزيد
على جهالة مهر المثل وجملة الكلام فيه ان المهر في الاصل لا يخلو اما ان يكون شيئا
معينا مشارا اليه واما ان يكون مسمى غير معين مشار اليه فان كان معينا مشارا

العقار

اليه صحت تسميته سواء كان مما يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات من العروض و
والحيوان وسائر المكيلات والموزونات سوى الدراهم والدنانير او كان مما
لا يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير لانه مال معلوم
لا جهالة فيه الا انه ان كان مما يتعين بالتعيين ليس للزوج ان يحبس العين
ويدفع غيرها من غير رضى المراة لان المشار اليه قد تعين للعقد وتعلق حقها
بالعين فوجب عليه تسليم عينه وان كان مما لا يتعين له ان يحبسه ويدفع
مثله جنسا ونوعا وقدرا وصفة لان التعيين اذا لم يصح صار مجازا عن بيان
الجنس والنوع والقدر والصفة وان كان تبرا او نقرة ذهب او فضة
يجبر على تسليم عينه في رواية لانه يتعين بالتعيين كالعروض فان كان مسمى غير معين فالمسمى
لا يخلو اما ان يكون مجهول الجنس واما ان يكون معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة
واما ان يكون معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة فان كان مجهول الجنس
كالحيوان والدابة والثوب والدار بان تزوج امراة على حيوان او دابة
او ثوب او دار ولم يعين لم تصح التسمية وللمراة مهر مثلها بالغا ما بلغ لان
جهالة الجنس جهالة متفاحشة لان الحيوان اسم جنس تحته انواع مختلفة
وتحت كل نوع اشخاص مختلفة وكذا الدابة وكذا الثوب لان اسم الثوب يقع على
ثوب القطن والكتان والحرير والخز واللبد وتحت كل واحد من ذلك انواع
كثيرة مختلفة وكذلك الدار لانها تختلف في الصغر والكبر والهيئة والتقطيع
وتختلف قيمتها باختلاف البلاد والمحال والسكك اختلافا فاحشا فتفاحشت
الجهالة فالتحقت بجهالة الجنس والاصل ان جهالة العوض تمنع صحة تسميته كما
في البيع والاجارة لكونها مفضية الى المنازعة الا انه تحمل ضرب من الجهالة
في المهر بالاجماع فان مهر المثل قد يجب في النكاح الصحيح ومعلوم ان مهر المثل
مجهول ضربا من الجهالة وكل جهالة في المسمى مهرا مثل جهالة مهر المثل او اقل من
ذلك يتحمل ولا يمنع صحة التسمية استدلالا بمهر المثل وكل جهالة تزيد على جهالة
مهر المثل يبقى الامر فيها على الاصل فيمنع صحة التسمية كما في سائر الاعواض اذا
ثبت هذا فنقول لا شك ان جهالة الحيوان والدابة والثوب والدار اكثر
من جهالة مهر المثل لان بعد اعتبار تساوي المراتين في المال والجمال والسن
والعقل والدين والبلد والعصر يقل التفاوت بينهما فتقل الجهالة فاما جهالة
الجنس والنوع فجهالة فاحشة فكانت اكثر من جهالة مهر المثل فيمنع صحة التسمية
وان كان المسمى معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة كما اذا تزوجها على عبد او
امة او فرس او جمل او حمار او ثوب هروي او مروي صحت التسمية ولها الوسط
من ذلك وللزوج الخيار ان شاء اعطاها الوسط وان شاء اعطاها قيمته وهذا

عندنا

ولا يجبر في رواية لانه لا يتعين بالتعيين كالمضروب صح
م القدر و صح
والعفة
م والقدر صح

عندنا وقال الشافعي لا تصح التسمية **وجه** قوله ان المسمى مجهول الوصف فلا
تصح تسميته كما في باب البيع وهذا لان جهالة الوصف تفضي الى المنازعة كجهالة
الجنس ثم جهالة الجنس تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الوصف **ولنا** ان النكاح
معاوضة المال بما ليس بمال والحيوان الذي هو معلوم الجنس والنوع مجهول
الصفة يجوز ان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كما في الدية قال النبي صلى
الله عليه وسلم في النفس المؤمنة مائة من الابل والبضع ليس بمال فجاز ان يثبت
الحيوان دينا في الذمة بدلا عنه ولان جهالة الوسط من هذه الاصناف
مثل جهالة مهر المثل او اقل فتلك الجهالة لما لم تمنع صحة تسمية البدل اصلا
قلت او كثرت والنكاح يحتمل الجهالة اليسيرة مثل جهالة مهر المثل وانما كان
كذلك لان مبنى البيع على المضايقة والمماكسة فالجهالة فيه وان قلت تفضي
الى المنازعة ومبنى النكاح على المسامحة بقدر جهالة مهر المثل فيه لا تفضي
الى المنازعة وهو الفرق واما وجوب الوسط فلان الوسط هو العدل
لما فيه من مراعاة الجانبين لان الزوج يتضرر بايجاب الجيد والمراة تتضرر
بايجاب الردي فكان العدل في ايجاب الوسط وهذا معنى قول النبي صلى الله
عليه وسلم خير الامور اوساطها والاصل في اعتبار الوسط في هذا الباب
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة نكحت نفسها بغير
اذن مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر نسائها لا وكس ولا شطط
وكذلك قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في المفوضة ارى لها مثل مهر
نسائها لا وكس ولا شطط والمعنى ما ذكرنا واما ثبوت الخيار بين الوسط
وبين قيمته فلان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة في ضمان الاتلاف حتى لا
يكون مضمونا بالمثل في الاستهلاك بل بالقيمة فمن حيث انه يثبت في الذمة في
الجملة قلنا بوجوب الوسط منه ومن حيث انه لا يثبت ثبوتا مطلقا قلنا بثبوت
الخيار بين تسليمه وتسليم قيمته عملا بالشبهين جميعا ولان الوسط لا يعرف
الا بواسطة القيمة اصلا في الاستحقاق فكانت اصلا في التسليم واما ثبوت
الخيار للزوج لا للمراة فلانه المستحق عليه فكان الخيار له وكذلك ان تزوجها على بيت
وخادم فلها بيت وسط مما يجهز به النسا وهو بيت الثوب لا البيت المبني فينصرف
الى فرش البيت في اهل الامصار وفي اهل البادية الى بيت الشعر ولها خادم وسط
لان المطلق من هذه الاصناف ينصرف الى الوسط لان الوسط منها معلوم بالعادة
وجهالته مثل جهالة مهر المثل او اقل فلا يمنع صحة التسمية كما لو نص على الوسط ولو
وصف شيئا من ذلك بان قال جيد او وسط او ردي فلها الموصوف ولو جاء
بالقيمة تجبر على القبول لان القيمة هي الاصل الا ترى انه لا يعرف الجيد والوسط

والبيع لان البيع لا يحتمل جهالة البدل
[illegible] لا يصح تسميته
م مثل صح
م ثبوتا مطلقا الا ترى انه لا يثبت دينا في الذمة في معاوضة المال بالمال ولا يثبت في الذمة صح
ط فكانت القيمة صح

والردي الا باعتبار القيمة فكانت القيمة هي المعرفة لهذه الصفات فكانت اصلاً
في الوجوب اصلا في التسليم فاذا جاء بها تجبر على قبولها ولو تزوجها على وصيف فكانت صح
صحت التسمية وكان لها الوسط من ذلك ولو تزوجها على وصيف ابيض لا شك انه
تصح التسمية لانها تصح بدون الوصف فاذا وصف اولى ولها الوصيف الجيد لان
الابيض عندهم اسم الجيد ثم الجيد عندهم هو الرومي والوسط السندي
والردي الهندي وأما عندنا فالجيد هو التركي والوسط الرومي والردي
الهندي وقد قال ابو حنيفة رحمه الله قيمة الخادم الجيد خمسون دينارا وقيمة
الوسط اربعون وقيمة الردي ثلاثون وقيمة البيت الوسط اربعون دينارا
وقال ابو يوسف ومحمد ان زاد السعر او نقص فبحسب الغلاء والرخص وهذا
ليس باختلاف في الحقيقة ففي زمن ابي حنيفة رحمه الله كانت القيم مستقرة
وفي زمانهما تغيرت القيم فاجاب كل على عرف زمانه والمعتبر في ذلك القيمة
بلا خلاف ولو تزوجها على بيت وخادم حتى وجب الوسط من كل واحد منهما
ثم صالحت من ذلك زوجها على اقل من قيمة الوسط ستين دينارا او سبعين
دينارا جاز الصلح لانها اسقطت بعض حقها لان الواجب فيهما ثمانون الصلح م
فاذا صالحت على اقل من ذلك فقد اسقطت البعض ومن له الحق اذا اسقط بعض
حقه واستوفى الباقي جاز ويجوز ذلك بالنقد والنسيئة لما ذكرنا ان الصلح
وقع على عين حقه باسقاط البعض فكان الباقي عين الواجب فجاز فيه التاجيل
فان صالحت على مائة دينار فالفضل باطل لان المسمى اذا لم يكن مستقرا فالقيمة فالصلح
واجبة بالعقد ~~ومن وجب له حقه باسقاط البعض فكان الباقي الواجب فجاز~~
~~فيه التاجيل~~ ومن وجب له حق فصالح على اكثر من حقه لم يجز وان كان المسمى معلوم
الجنس والنوع والقدر والصفة كما اذا تزوجها على مكيل موصوف او موزون
موصوف سوى الدراهم والدنانير صحت التسمية لان المسمى مال معلوم لا جهالة
فيه بوجه الا ترى انه يثبت دينا في الذمة ثبوتا مطلقا فانه يجوز البيع به
والسلم فيه ~~بوجه الاخرى~~ ويتعين بالمثل تجبر الزوج على دفعه ولا يجوز دفع
عوضه الا برضى المرأة ولو تزوجها على مكيل او موزون ولم تصف صحت التسمية
لانه مال معلوم الجنس والنوع فتصح تسميته فان شاء الزوج اعطاها الوسط
من ذلك وان شاء اعطاها قيمته كذا ذكر الكرخي في جامعه وذكر الحسن عن ابي حنيفة
انه يجبر على تسليم الوسط **وجه** ما ذكره الكرخي ان القيمة اصل في ايجاب
الوسط لان بها يعرف كونه وسطا فكان اصلا في التسليم كما في العبد **وجه**
رواية الحسن ان الشرع لما اوجب الوسط فقد تعين الوسط بتعيين الشرع فصار
كما لو عينه بالتسمية ولو سمى الوسط تجبر على تسليمه كذا هذا بخلاف العبد فان

هناك

هناك وان سمى الوسط ونص عليه لا يجبر على تسليمه فكذا اذا اوجبه الشرع والله اعلم
واما الثياب فقد ذكر في الاصل انه اذا تزوجها على ثياب موصوفة انه بالخيار
ان شاء سلمها وان شاء سلم قيمتها ولم يفصل بينما اذا سمى لها اجلا او لم يسم وقال
ابو يوسف ان اجلها تجبر على دفعها وان لم يوجلها فلها القيمة وروي عن ابي
حنيفة رحمه الله انه يجبر على تسليمها من غير هذا التفصيل وهو قول زفر
وجه ما ذكر في الاصل ان الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا مطلقا لانها ليست
من ذوات الامثال الا ترى انها مضمونة بالقيمة لا بالمثل في ضمان العدوان
ولا تثبت في الذمة بنفسها في عقود المعاوضات بل بواسطة الاجل فكانت
كالعبد وهناك لا يجبر على دفع العبد وله ان يسلم القيمة كذا ههنا فابو
ثبوتا مطلقا الا ترى انها تثبت في الذمة م يوسف يقول اذا اجلها فقد صارت بحيث تثبت في الذمة في السلم فيجبر على الدفع
كما في السلم بل اولى لان البدل في البيع لا يحتمل الجهالة راسا والمهر في النكاح
يحتمل ضربا من الجهالة فلما تثبت في الذمة في البيع فلان تثبت في النكاح اولى ٥
وجه الرواية الاخرى لابي حنيفة ان امتناع ثبوتها في الذمة لمكان
الجهالة فاذا وصفت فقد زالت الجهالة فيصح ثبوتها في الذمة مهرا في النكاح وانما
لا يصح السلم فيها الا مؤجلا لا لان العلم بها يقف على التاجيل بل لان الشرع لم
يشرع السلم الا مؤجلا والاجل ليس بشرط في المهر فكان ثبوتها في المهر غير مؤجلة
او على هذا العبد م كثبوتها في السلم مؤجلة فيجبر على تسليمها ولو قال تزوجتك على هذا العبد او على
الف او الفين فالتسمية فاسدة في قول ابي حنيفة ويحكم مهر مثلها فان كان مهر
مثلها مثل الادون او اقل فلها الادون الا ان يرضى الزوج بالارفع وان كان
مهر مثلها مثل الارفع او اكثر فلها الارفع الا ان ترضى المرأة بالادون وان كان
مهر مثلها فوق الادون واقل من الارفع فلها مهر مثلها وقال ابو يوسف ومحمد
التسمية صحيحة ولها الادون على كل حال **وجه** قولهما ان المصير الى مهر المثل
عند تعذر ايجاب المسمى ولا تعذر ههنا لانه يمكن ايجاب الاقل لكونه متيقنا وفي
الزيادة شك فيجب المتيقن به وصار كما اذا اعتق عبده على الف او الفين او خالع
امرأته على الف او الفين انه تصح التسمية ويجب الالف كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله
انه جعل المهر احد المذكورين غير عين لان كلمة او تتناول احد المذكورين غير عين
والواحد مما غير عين مجهول فكان المسمى مجهولا وهذه الجهالة اكثر من جهالة مهر المثل
الا ترى ان كلمة او تدخل بين اقل الاشياء واكثرها فتمتنع صحة التسمية فيحكم مهر
المثل لانه الموجب الاصلي في هذا الباب فلا يعدل عنه الا عند صحة التسمية ولا صحة
الا بتعيين المسمى ولم يوجد فيجب مهر المثل الا انه لا ينقص عن الادون لان الزوج رضي
بذلك القدر ولا يزاد على الارفع لرضى المرأة بذلك القدر ولا يلزم على هذا اما

اذا تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد على ان الزوج بالخيار في ان يدفع ايهما شا او على ان المراة بالخيار في ذلك باخذ ايهما شاءت انه يصح التسمية وان كان المسمى مجهولا لان ذلك جهالة يمكن دفعها الا ترى انها ترتفع باختيار من له الخيار فتلك الجهالة فكانت كجهالة مهر المثل او اقل من ذلك فلا يمنع صحة التسمية وهاهنا لا سبيل الى ازالة هذه الجهالة لانه اذا لم يكن فيه خيار كان لكل واحد منهما ان يختار غير ما يختاره صاحبه فتفحشت الجهالة فمنعت صحة التسمية بخلاف الاعتاق والخلع لانه ليس لهما موجب اصلي يصار اليه عند وقوع الشك في المسمى فوجب المتيقن من المسمى لان ايجابه اولى من الايقاع مجانا بلا عوض اصلا لعدم رضى المولى والزوج بذلك وفيما نحن فيه له موجب اصلي فلا يعدل عنه الا عند تعين المسمى ولا تعين مع الشك ما دام كلمة الشك فالتحقت التسمية بالعدم فبقي الموجب الاصلي واجب المصير اليه ٥ ولو تزوج امراة على الف ان لم يكن له امراة وعلى الفين ان كان له امراة او تزوجها على الف ان كانت مولاة وعلى الفين ان كانت عربية وما اشبه ذلك فلا شك ان النكاح جايز لان النكاح المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة لما ذكرنا ان هذه الشروط لو اثرت لاثرت في المهر بفساد التسمية وفساد التسمية لا يكون فوق العدم ثم عدم التسمية راسا لا يوجب فساد النكاح ففسادها اولى **واما المهر ٥** فالشرط الاول جايز بلا خلاف فان وقع الوفا به فلها ما سمى على ذلك الشرط وان لم يقع الوفا به فان كان على خلاف ذلك او فعل خلاف ما شرط لها فلها مهر مثلها لا ينقص من الاقل ولا يزاد على الاكثر وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جايزان وقال زفر الشرطان فاسدان وهذه فرع مسلة معروفة في الاجارات وهو ان يدفع رجل ثوبا الى الخياط فيقول له ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم **وجه قولهما** ان المسمى معلوم في الشرط الثاني كما هو معلوم في الشرط الاول فصحت التسميتان كما اذا قال للخياط ان خطته روميا فبدرهم وان خطته فارسيا فبنصف درهم ولابي حنيفة ان الشرط الاول وقع صحيحا بالاجماع وموجبه رد مهر المثل ان لم يقع الوفا به فكانت التسمية الاولى صحيحة فلو صح الشرط الثاني لكان نافيا موجب الشرط الاول والتسمية الاولى والتسمية بعد ما صحت لا يجوز نفي موجبها فبطل الشرط الثاني ضرورة وقال ان ما شرط الزوج من طلاق وترك الخروج من البلد لا يلزمه في الحكم لان ذلك وعد لها فلا يكلف به وعلى هذا يخرج ما اذا تزوجها على حكمه او حكمها او حكم اجنبي ان التسمية فاسدة لان المحكوم به مجهول وجهالته اكثر من جهالة مهر المثل فيمنع صحة التسمية ثم ان كان التزوج على حكم

ط اذا تزوجها على الف ان لم يخرجها من بلدها وعلى الفين ان اخرجها من بلدها م

ط وجه قول زفر ان كل واحد من الشرطين مخالف للاخر فاوجب ذلك جهالة المستحق فلم تصح التسمية م

م وعدم

الزوج

ط يتوقف على رضى الزوج وان حكم باقل من مهر المثل م

الزوج ينظر ان حكم بمهر مثلها او اكثر فلها ذلك لانه رضي ببذل الزيادة وان حكم باقل من مهر مثلها فلها مهر مثلها الا ان ترضى بالاقل وان كان التزوج على حكمها م اجنبي فان حكم بمهر المثل جاز وان حكم باكثر من مهر المثل يتوقف على رضى المراة لان المستحق هو مهر المثل والزوج لا يرضى بالزيادة والمراة لا ترضى بالنقصان فلذلك توقف الامر في الزيادة والنقصان على رضاهما فان تزوجها على ما يكسب العام او يرث فهذه تسمية فاسدة لان جهالة هذه اكثر من جهالة مهر المثل وقد انضم الى الجهالة الخطر لانه قد يكسب وقد لا يكسب ثم الجهالة بنفسها تمنع صحة التسمية فمع الخطر اولى ٥ ولو تزوج امراتين على صداق واحد نحو ان يقول تزوجتكما على الف درهم فقبلتا فالنكاح جايز لا شك فيه وتقسم الالف بينهما على قدر مهر مثليهما لانه جعل الالف بدلا عن بضعيهما والبدل يقسم على قدر قيمة المبدل والمبدل هو البضع فيقسم البدل على قدر قيمته وقيمته مهر المثل كما لو اشترى عبدين بالف درهم انه يقسم الثمن على قدر قيمتهما كذا هذا وان قبلت احداهما دون الاخرى جاز النكاح في التي قبلت بخلاف البيع فانه لما قال بعت هذا العبد منكما فقبل احدهما ولم يقبل الاخر لا يجوز البيع اصلا والفرق انه لما قال تزوجتكما فقد جعل قبول كل واحدة منهما شرطا لقبول الاخرى والنكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان ادخال الشرط فيه فاسدا والنكاح لا يفسد بالشرط الفاسد والبيع يفسد به واذا جاز النكاح يقسم الالف على قدر مهر مثليهما فما اصاب حصة التي قبلت فلها ذلك القدر والباقي يعود الى الزوج وان كانت احداهما ذات زوج او في عدة من زوج او كانت ممن لا يحل له نكاحها كان جميع الالف للتي صح نكاحها في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يقسم الالف على قدر مهر مثليهما فما اصاب التي صح نكاحها فلها ذلك والباقي يعود الى الزوج **وجه قولهما** انه جعل الالف مهرا لهما جميعا فكل واحدة منهما محل صالح للنكاح حقيقة لكونها قابلة للمقاصد المطلوبة منه حقيقة الا ان المحرمة منهما لا تزاحم صاحبتها في الاستحقاق لخروجها من ان تكون محلا له لكن شرعا مع قيام المحلية حقيقة فيجب اظهار المحلية الحقيقية في الانقسام ولابي حنيفة ان المهر يقابل ما يستوفى بالوطي وهو منافع البضع وهذا العقد في حق المحرمة لا يمكن من استيفا المنافع لخروجها من ان تكون محلا للعقد شرعا والموجود الذي لا ينتفع به والعدم الاصلي سوا فيجعل كل المهر بمقابلة الاجنبية كما اذا جمع بين المراة والاتان وقال تزوجتكما على الف درهم فان دخل الزوج بالتي فسد نكاحها ففي قياس قول

ذلك حكمت بمهر مثلها او اقل فلها ذلك لانها رضيت باسقاط حقها وان حكمت باكثر من مهر مثلها لم يجب الزيادة الا ان المسمى هو مهر المثل الا اذا رضى الزوج بالزيادة وان كان التزوج على حكم م

م لما قلنا صح

م اثر م

ابي حنيفة لها مهر مثلها بالغا ما بلغ لانه لا تعتبر التسمية في حقها فالتحقت التسمية
في حقها بالعدم وفي قياس قول ابي يوسف ومحمد لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها
من الالف لانهما لا يعتبران التسمية في حقها في حق الانقسام والله اعلم وعلى هذا
يخرج تسمية المهر على السمعة والرياء انها تصح او لا تصح وجملة الكلام فيه
ان السمعة في المهر اما ان تكون في قدر المهر واما ان تكون في جنسه فان كانت التسمية في المهر
في قدر المهر بان تواضعا في السر والباطن واتفقا على ان يكون المهر الف درهم
لكنهما يظهران في العقد الفين لامر حملهما على ذلك فان لم يقولا الالف منهما
سمعة فالمهر ما ذكراه في العلانية وذلك الفان لان المهر ما يكون مذكورا
في العقد والالفان مذكوران في العقد فاذا لم يجعلا الالف منهما سمعة
صحت تسمية الالفين وان قالا الالف منهما سمعة فالمهر ما ذكراه في السر وهو
الالف في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان المهر ما اظهراه وهو الالفان
وجه هذه الرواية ان المهر هو المذكور في العقد لانه اسم لما يملك به
البضع والذي يملك به البضع هو المذكور في العقد والف يصلح ان يكون مهرا
لانه مال فتصح تسميته ويصير مهرا ولا تعتبر المواضعة السابقة وجه
ظاهر الرواية انهما قالا الالف منهما سمعة فقد هزلا بذكر قدر الالف حيث لم
يقصدا به مهرا والمهر مما يدخله الجد والهزل فبطلت تسمية قدر الالف ٥
والتحقت بالعدم فبقي العقد على الف وان كانت السمعة في جنس المهر بان تواضعا
واتفقا في السر والباطن على ان يكون المهر الف درهم ولكنهما يظهران في العقد
مائة دينار فان لم يقولا رياء وسمعة فالمهر ما تعاقدا عليه لما قلنا وان قالا رياء
وسمعة وتعاقدا على ذلك فلها مهر مثلها في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وروي
عنه ان لها مهر العلانية مائة دينار وجه هذه الرواية على نحو ما ذكرنا
ان المائة دينار هي المذكورة في العقد والمهر اسم للمذكور في العقد لما بينا
فتعتبر المذكور فيه ولا تعتبر المواضعة السابقة وجه ظاهر الرواية
ان ما تواضعا عليه وهو الالف لم يذكراه في العقد وما ذكراه في العقد
وهو المائة دينار ما تواضعا عليه فلم توجد التسمية فيجب مهر المثل كما لو تزوجها
ولم يسم لها مهرا هذا الذي ذكرنا اذا لم يجعلا قدرا في السر والباطن ان يكون
للمهر قدر او جنس ثم تعاقدا على ما تواضعا واتفقا عليه واما اذا تعاقدا في السر
على قدر المهر او جنس منه ثم تواضعا واتفقا في السر على ان يظهرا في عقد العلانية
اكثر من ذلك او جنسا آخر فان لم يذكرا في المواضعة السابقة ان ذلك سمعة
فالمهر ما ذكراه في العلانية في قول ابي حنيفة ومحمد ويكون ذلك زيادة على المهر

الاول

الاول سواء كان من جنسه او من خلاف جنسه فان كان من خلاف جنسه فجميعه
يكون زيادة على المهر الاول وان كان من جنسه فقدر الزيادة على المهر الاول
يكون زيادة وروي عن ابي يوسف انه قال المهر مهر السر وجه قوله
ان المهر ما يكون مذكورا في العقد والعقد هو الاول لان النكاح لا يحتمل
الفسخ والاقالة فالثاني لا يرفع الاول فلم يكن الثاني عقدا في الحقيقة فلا يعتبر
المذكور عنده فكان المهر هو المذكور في العقد الاول وجه قولهما انهما
قصدا شيئين استئناف العقد وزيادة في المهر واستئناف العقد لا يصح لان النكاح
لا يحتمل الفسخ والزيادة صحيحة فصار كانه زاد الفا اخرى او مائة دينار
وان ذكرا في المواضعة السابقة ان الزيادة او الجنس الآخر سمعة فالمهر
هو المذكور في العقد الاول والمذكور في العقد الثاني لغو لانهما هزلا به حيث
جعلاه سمعة والهزل يعمل في المهر فيبطله والله اعلم فصل ومنها
ان يكون النكاح صحيحا فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد حتى لا يلزم المسمى
لان ذلك ليس بنكاح على الحقيقة لما نذكر الا انه اذا وجد الدخول تجب مهر
المثل لكن بالوطء لا بالعقد على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى ٥ ولو
تزوج امراة على جارية بعينها واستثنى ما في بطنها فلها الجارية وما في بطنها
ذكره الكرخي والطحاوي من غير خلاف لان تسمية الجارية مهرا قد صحت
لانها مال معلوم واستثناء ما في بطنها لم يصح لان الجنين في حكم جزء من اجزائها
فاطلاق العقد على الام يثبت وله واستثناؤه يكون بمنزلة شرط فاسد والنكاح لا يبطل
شرطا فاسدا فيلغو الاستثناء ويلتحق بالعدم كانه لم يستثن راسا وكذلك
اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها او خالع او صالح من دم العمد لان هذه
التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة ٥ ولو تزوج امراة على جارية
فاستحقت او هلكت قبل التسليم فلها قيمتها لان التسمية قد صحت لكون المسمى مالا
متقوما معلوما فانعقد العقد موجبا للتسليم ولم يبطل بفوات التسليم
بالاستحقاق والهلاك الا انه عجز عن تسليمها فتجب قيمتها بخلاف البيع اذا
هلك المبيع قبل التسليم الى المشتري انه لا يغرم البائع قيمته وانما يسقط
الثمن لا غير لان هلاك المبيع يوجب بطلان البيع واذا بطل البيع لم يبق وجوب
التسليم فلا تجب القيمة ثم تفسير مهر المثل هو ان يعتبر مهرها بمهر مثل نسائها
من اخواتها لابيها وامها او لابيها وعماتها وبنات اعمامها في بلدها وعصرها
على مالها وجمالها وسنها وعقلها ودينها لان الصداق يختلف باختلاف البلدان
والاعصار وكذا يختلف باختلاف المال والجمال والسن والعقل والدين
فيزداد مهر المراة لزيادة مالها وجمالها وعقلها ودينها وحداثة سنها فلا بد

من المماثلة بين المرأتين في هذه الاشياء لتكون الواجب لها مهر مثل نسائها اذ لا يكون مهر المثل بدون المماثلة بينهما ولا يعتبر مهرها بمهر امها ولا بمهر خالتها الا ان تكون من قبيلتها من بنات اعمامها لان المهر يختلف بشرف النسب والنسب من الاباء لا من الامهات وانما يحصل لها شرف النسب من قبل ابيها او قبيلته لا من قبل امها وعشيرتها والله اعلم **فصل** واما بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام فنقول وبالله التوفيق المهر يجب بالعقد لانه احداث الملك والمهر يجب بمقابلة احداث الملك ولانه عقد معاوضة وهو معاوضة البضع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبيع سوا كان المهر مفروضا في العقد او لم يكن عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه ان كان مفروضا فكذلك وان لم يكن مفروضا لا يجب بنفس العقد وانما يجب بالفرض او بالدخول على ما ذكرنا فيما تقدم وفي النكاح الفاسد يجب المهر لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول لعدم حدوث الملك قبل الدخول اصلا وعدم حدوثه بعد الدخول مطلقا ~~ولا لعدام المعاوضة قبل الدخول مطلقا~~ ولا لعدام المعاوضة قبل الدخول راسا وانعدامها بعد الدخول مطلقا لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ثم يجب عقيب العقد بلا فصل لما ذكرنا انه يجب باحداث الملك والملك يحدث عقيب العقد بلا فصل ولان المعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين في وقت واحد وقد ثبت الملك في احد العوضين وهو البضع عقيب العقد فيثبت في العوض الاخر عقيبه تحقيقا للمعاوضة المطلقة الا انه يجب بنفس العقد وجوبا موسعا وانما يتضيق عند المطالبة كالثمن في باب البيع انه يجب بنفس البيع وجوبا موسعا وانما يتضيق عند مطالبة البائع واذا طالبت المراة بالمهر يجب على الزوج تسليمه اولا لان حق الزوج في المراة متعين وحق المراة في المهر لم يتعين بالعقد وانما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم عند المطالبة ليتعين كما في البيع ان المشتري يسلم الثمن اولا ثم يسلم البائع المبيع الا ان الثمن في باب البيع اذا كان دينا يقدم تسليمه على تسليم المبيع ليتعين واذا كان عينا يسلمان معا وها هنا يقدم تسليم المهر على كل حال سوا كان دينا او عينا لان القبض والتسليم ها هنا معا متعذر ولا تعذر في البيع واذا ثبت هذا فنقول للمراة قبل دخول الزوج بها ان تمنع الزوج من الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم تسلم نفسها وان كانت قد انتقلت الى بيت زوجها لما ذكرنا ان بذلك يتعين حقها ويكون التسليم بتسليم ولان المهر عوض عن بضعها كالثمن عوض عن المبيع وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان للمراة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر وليس

للزوج

للزوج منعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها قبل ايفاء المهر لان حق الحبس انما يثبت باستيفاء المستحق فاذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل ايفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء فلا يثبت له حق الحبس واذا اوفاها المهر فله ان يمنعها من ذلك كله الا من سفر الحج اذا كانت عليها حجة الاسلام ووجدت محرما وله ان يدخل بها لانه اذا اوفاها حقها ثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه فان اعطاها المهر الا درهما واحدا فلها ان تمنع نفسها وان تخرج من مصرها حتى تاخذه لان حق الحبس لا يتجزى فلا يبطل الا بتسليم كل البدل كما في البيع ولو خرجت لم يكن للزوج ان يسترد منها ما قبضت لانها قبضته بحق لكون المقبوض حقا لها والقبض بحق لا يحتمل النقض هذا اذا كان المهر معجلا بان تزوجها على صداق عاجل او كان مسكوتا عن التعجيل والتاجيل لان حكم المسكوت حكم المعجل لان هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة من الجانبين والمراة عينت حق الزوج فيجب ان يعين الزوج حقها وانما يتعين بالتسليم فاما اذا كان مؤجلا بان تزوجها على مهر آجل فان لم يذكر الوقت لشي من المهر اصلا بان قال تزوجتك على الف مؤجلة او ذكر وقتا مجهولا جهالة متفاحشة بان قال تزوجتك على الف الى وقت الميسرة او هبوب الريح او الى ان يمطر السما فكذلك لان التاجيل لم يصح لتفاحش الجهالة فلم يثبت الاجل ولو قال نصفه معجل ونصفه مؤجل كما جرت العادة في ديارنا ولم يذكر الوقت للمؤجل اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز الاجل ويجب حالا كما اذا قال تزوجتك على الف مؤجلة وقال بعضهم يجوز ويقع ذلك على وقت وقوع الفرقة بالموت او بالطلاق وروي عن ابي يوسف ما يؤيد هذا القول وهو ان رجلا لو كفل لامراة عن زوجها نفقة كل شهر ذكر في كتاب النكاح انه يلزمه نفقة شهر واحد في الاستحسان وذكر عن ابي يوسف انه يلزمه نفقة كل شهر ما دام النكاح بينهما قائما فكذلك ها هنا وان ذكر وقتا معلوما للمهر فليس لها ان تمنع نفسها في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اجيز لها ان تمنع نفسها سوا كانت المدة قصيرة او طويلة بعد ان كانت معلومة او مجهولة جهالة متقاربة كجهالة الحصاد والدياس **وجه** قول ابي يوسف ان من حكم المهر ان يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال الا ترى انه لو كان معينا او غير معين وجب تقديمه فلما قبل الزوج التاجيل كان ذلك رضى بتاخير حقه في القبض بخلاف البائع اذا اجل الثمن انه ليس له ان يحبس المبيع ويبطل حقه في الحبس بتاجيل الثمن لانه ليس من حكم الثمن تقديم تسليمه على تسليم المبيع لا محالة الا ترى ان الثمن اذا كان عينا يسلمان معا فلم يكن قبول المشتري التاجيل رضى منه باسقاط حقه في القبض **وجه** قولهما ان المراة بالتاجيل رضيت

في النكاح الصحيح صح
في العقد صح
لكن صح
الى زوجها صح
عن صح
لو صح

باسقاط حق نفسها فلا يسقط حق الزوج كالبايع اذا اجل الثمن انه يسقط حق حبس المبيع
بخلاف ما اذا كان التاجيل الى مدة مجهولة جهالة متفاحشة لان التاجيل فيه لم
يصح فلم يثبت الاجل فبقي المهر حالا واما قوله من شان المهر ان يتقدم تسليمه
على تسليم النفس فنقول نعم اذا كان معجلا او مسكوتا عن الوقت فاما اذا كان
موجلا تاجيلا صحيحا فمن حكمه ان يتاخر تسليمه عن تسليم النفس لان تقديم تسليمه
ثبت حقا لها لانه ثبت تحقيقا للمعاوضة المقتضية للمساواة حقا لها فاذا اجلته
فقد اسقطت حق نفسها فلا يسقط حق الزوج لانعدام الاسقاط منه والرضى
بالسقوط لهذا المعنى يسقط حق البايع في الحبس بتاجيل الثمن كذا هذا ولو كان
بعضه حالا وبعضه موجلا معلوما فله ان يدخل بها اذا اعطاها الحال بالاجماع
اما عندهما فلان الكل لو كان موجلا لكان له ان يدخل بها فاذا كان البعض معجلا
واعطاها فذلك اولى والفقه ما ذكرنا ان الزوج ما رضي باسقاط حقه فلا
يسقط حقه واما عند ابي يوسف فلانه لما عجل البعض فلم يرض بتاخير حقه عن القبض
لانه لو رضي بذلك لم يكن لشرط التعجيل فايدة بخلاف ما اذا كان الكل موجلا
لانه لما قبل التاجيل فقد رضي بتاخير حقه ولو لم يدخل بها حتى حل الاجل الباقي فله ان
يدخل بها اذا اعطاها الحال لما قلنا ولو كان الكل موجلا اجلا معلوما وشرط
ان يدخل بها قبل ان يعطيها كله فله ذلك عند ابي يوسف ايضا لانه لما شرط الدخول
لم يرض بتاخير حقه في الاستمتاع واذا كان المهر موجلا اجلا معلوما فحل الاجل ليس لها
ان تمنع نفسها لتستوفي المهر على اصل ابي حنيفة ومحمد لان حق الحبس قد سقط بالتاجيل
والساقط لا يحتمل العود كالثمن في المبيع وعلى اصل ابي يوسف لها ان تمنع نفسها
لان لها ان تمنع قبل حلول الاجل فبعده اولى ولو كان المهر حالا فاخرته شهرا
ليس لها ان تمنع عندهما وعنده لها ذلك لان هذا تاجيل طاري فكان حكمه حكم
التاجيل المقارن وقد مر الكلام فيه ولو دخل الزوج بها برضاها وهي مكلفة صح فلها ان
تمنع نفسها حتى تاخذ المهر ولها ان تمنعه ان يخرجها من بلدها عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد ليس لها ذلك وعلى هذا الخلاف اذا خلا بها
وجه قولهما انها بالوطي مرة واحدة او بالخلوة الصحيحة سلمت جميع المعقود
عليه برضاها وهي من اهل التسليم فبطل حقها في المنع كالبايع اذا اسلم المبيع ولا
شك في الرضى واهلية التسليم والدليل على انها سلمت جميع المعقود عليه ان
المعقود عليه في هذا الباب في حكم العين ولهذا ابتاكد جميع المهر بالوطي مرة
واحدة ومعلوم ان جميع البدل لا ينا كد بتسليم بعض المعقود عليه وما يتكرر من
الموطيات ملحق بالاستخدام فلا يقابله شي من المهر ولابي حنيفة ان المهر مقابل بجميع
ما يستوفى من منافع البضع في جميع الوطيات التي توجد في هذا الملك لا بالمستوفى

بالوطية

بالوطية الاولى خاصة لانه لا يجوز اخلاء شي من منافع البضع عن بدل يقابله احتراما
للبضع وابانة لخطره فكانت هي بالمنع ممتنعة عن تسليم ما يقابله بدل فكان لها ذلك
كالوطي في المرة الاولى فكان لها ان تمنع عن الاولى حتى تاخذ مهرها فكذا عن الثاني — وكان الوطي في المرة الثانية والثالثة كالوطي في المرة الاولى
والثالث الا ان المهر يتاكد بالوطي مرة لانه موجود معلوم وما وراءه معدوم
مجهول فلا يزاحمه في الانقسام ثم عند الوجود يتعين ويعلم فيصير مزاحما فياخذ قسطا
من البدل كالعبد اذا جنى جناية يجب دفعه بها فان جنى جناية اخرى فالثانية
تزاحم الاولى عند وجودها في وجوب الدفع بها وكذا الثالثة والرابعة الى ما لا يتناهى
بخلاف البايع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن او بعد ما قبض شيا منه ثم اراد ان
يسترده انه ليس له ذلك لانه سلم كل المبيع فلا يملك الرجوع فيما سلم وها هنا
ما سلمت كل المعقود عليه بل البعض دون البعض لان المعقود عليه منافع البضع وما
سلمت كل المنافع بل بعضها دون بعض فهي بالمنع تمتنع عن تسليم ما لم يحصل مسلما بعد
فكان لها ذلك كالبايع اذا اسلم بعض المبيع قبل استيفاء الثمن كان له حق حبس الباقي
ليستوفي الثمن كذا هذا وكان ابو القاسم الصفار رحمه الله يفتي في منعها نفسها
بقول ابي يوسف ومحمد وفي السفر بقول ابي حنيفة ولعد ايفا المهر كان له ان
ينقلها حيث شاء وحكى الفقيه ابو جعفر الهندواني عن محمد بن سلمة انه كان يفتي
ان بعد تسليم المهر ليس لزوجها ان يسافر بها قال ابو يوسف ولو وجدت المراة
المهر زيوفا او ستوقا فردت او كان المقبوض عرضا اشترته من الزوج بالمهر
فاستحق بعد القبض وقد كان دخل بها فليس لها ان تمنع نفسها في جميع ذلك وهذا
على اصلهما ان تمنع نفسها في جميع ذلك وهذا على اصلهما مستقيم لان من اصلهما ان
التسليم من غير قبض المهر يبطل حق المنع وهذا التسليم من غير قبض لان ذلك
القبض بالرد والاستحقاق انتقض والتحق بالعدم وصار كانها لم تقبضه وقبل
القبض الجواب هكذا عندهما **واما عند ابي حنيفة** رحمه الله فينبغي
ان يكون لها ان تمنع نفسها حتى فرق ابو يوسف بين هذا وبين البيع انه اذا استحق
الثمن في يد البايع او وجده زيوفا او ستوقا فرده ان له ان يسترد المبيع فيحبسه
لان البايع بعد الاسترداد يمكنه الحبس على الوجه الذي كان قبل ذلك وها هنا
لا يمكن لانه استوفى بعض منافع البضع فلا يكون هذا الحبس مثل الاول فلا يعود حقها
في الحبس ومما يلحق بهذا الفصل ان للمراة ان تهب مهرها للزوج دخل بها او لم
يدخل لقوله تعالى فان طبن لكم عن شي منه نفسا فكلوه هنيا مريا وليس لاحد من اوليايها
الاعتراض عليها سواء كان ابا او غيره لانها وهبت خالص ملكها وليس لاحد في عين المهر
حق فيجوز ويلزم بخلاف ما اذا زوجت نفسها وقصرت عن مهر مثلها ان للاوليا حق الاعتراض في قول ابي
حنيفة لان الاولياء هناك حق الاوليا فقد تصرفت في خالص حقهم ولانها الحقت الضرر

خيار العيب والعار (margin)

بالاولياء ما يلحق العار والشنار بهم فلهم دفع هذا الضرر بالاعتراض بالفسخ وليس للأب ان يهب مهر ابنته عند عامة العلماء وقال بعضهم له ذلك وتمسكوا بقوله تعالى او يعفوا الذي بيده عقدة النكاح والاب بيده عقدة النكاح **ولنا** ان المهر ملك المرأة وحقها لانه بدل بضعها وبضعها حقها والدليل عليه قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اضاف المهر اليهن فدل انه حقها وملكها وقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وقوله منه اي من الصداق لانه هو المكني السابق اباح للازواج التناول من مهور النساء اذا طابت انفسهن بذلك ولذا علق الاباحة بطيب انفسهن فدل ذلك كله على ان مهرها ملكها وحقها وليس لاحد ان يهب ملك الانسان بغير اذنه ولهذا لا يملك الولي هبة غيره من اموالها فكذا المهر **واما الاية** فقد قيل ان المراد من الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما ويجوز ان يحمل قول من صرف التاويل الى الولي على بيان نزول الاية على ما قيل ان حين النزول كان المهر للاولياء لقول شعيب لموسى عليهما السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج شرط المهر لنفسه لا لابنته ثم نسخ بما تلونا من الاية وللمولى ان يهب مهر مكاتبته ولو وهب لا يبرأ الزوج كما لا يبرأ بدفعه الى المولى لان مهر المكاتبة لها لا للمولى لانه من اكسابها وكسب المكاتب له لا لمولاه ويجوز الزيادة في المهر اذا تراضيا بها والحط عنه اذا رضيت به لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة رفع الجناح فيما تراضى به الزوجان بعد الفريضة وهي التسمية وذلك هو الزيادة في المهر والحط عنه واحق ما انصرف الاية اليه الزيادة لانه ذكر لفظة التراضي وانه يكون عن اثنين ورضى المرأة كاف في الحط ولان الزيادة تلحق العقد ويصير كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا كالخيار في باب البيع والاجل فيه فان من اشترى من اخر عبدا بيعا باتا ثم انهما جعلا لصاحبه الخيار يوما جاز ذلك حتى لو نقض البيع جاز نقضه ويصير ذلك كالخيار المشروط في اصل البيع وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم حالة ثم ان البائع اجل المشتري في الثمن شهرا جاز التاجيل ويصير كانه كان مسمى في العقد كذا هاهنا ولا يثبت خيار الرؤية في المهر حتى لو تزوج امراة على عبد بعينه او جارية بعينها ولم تره ثم رأته ليس لها ان ترده بخيار الرؤية لان النكاح لا ينفسخ برده فلو ردت لرجعت عليه بعبد اخر ولثبت لها فيه خيار الرؤية فترده ثم ترجع عليه باخر الى ما لا يتناهى فلم يكن الرد مفيدا لخلوه عن العاقبة الحميدة لكان سفها فلا يثبت لها حق الرد وكذلك هذا في الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد لما قلنا بخلاف البيع انه يثبت فيه خيار الرؤية

لان البيع

(margin) صداق امته وحدها ولو تزوجها من غيرها لان المهر ملكه وليس له ان يهب صح

لان البيع ينفسخ برد المبيع ويرجع بالثمن فكان الرد مفيدا لذلك افترقا وهل يثبت خيار العيب في المهر ينظر في ذلك ان كان العيب يسيرا لا يثبت وان كان فاحشا يثبت وكذلك في بدل الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد بخلاف البيع والاجارة وبدل الصلح عن مال انه يرد بالعيب اليسير والفاحش لان هناك ينفسخ العقد برده وهاهنا لا ينفسخ واذا لم ينفسخ فتقبض مثله فربما يجد فيه عيبا يسيرا ايضا فان الاعيان لا تخلو عن قليل عيب عادة فترده ثم تقبض مثله فيؤدي الى ما لا يتناهى فلا يفيد الرد وهذا المعنى لا يوجد في البيع والاجارة لانه ينفسخ العقد بالرد فكان الرد مفيدا ولان حق الرد بالعيب انما يثبت استدراكا للفائت وهو صفة السلامة المستحقة بالعقد والعيب اذا كان يسيرا لا يعرف الفوات بيقين لان العيب اليسير يدخل تحت تقويم المقومين لا يخلو عنه فمن مقوم يقومه بدون العيب بالف ومن مقوم يقومه مع العيب بالف ايضا فلا يعرف فوات صفة السلامة بيقين فلا حاجة الى الاستدراك بالرد بخلاف العيب الفاحش لانه لا يختلف فيه المقومون فكان الفوات حاصلا بيقين فتقع الحاجة الى الاستدراك الفائت بالرد الا ان هذا المعنى الاخير يشكل بالبيع واخواته فان العيب اليسير فيها يوجب حق الرد وان كان هذا المعنى موجودا فيها والاصح هو الوجه الاول ولا شفعة في المهر لان من شرائط ثبوت حق الشفعة معاوضة المال بالمال لما نذكره في كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى والنكاح معاوضة البضع بالمال فلا يثبت فيه حق الشفعة والله اعلم **فصل** واما بيان ما يتاكد به كل المهر فالمهر يتاكد باحد معان ثلاثة الدخول والخلوة الصحيحة وموت احد الزوجين سواء كان مسمى او مهر المثل حتى لا يسقط شيء منه بعد ذلك الا بالابراء من صاحب الحق اما التاكد بالدخول فمجمع عليه والوجه فيه ان المهر قد وجب بالعقد وصار دينا في ذمته والدخول لا يسقطه لانه استيفاء المعقود عليه واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل لا ان يسقطه كما في الاجارة ولان المهر يتاكد بتسليم المبدل من غير استيفائه لما نذكر فلان يتاكد بالتسليم مع الاستيفاء اولى واما التاكد بالخلوة فمذهبنا وقال الشافعي رضي الله عنه لا يتاكد المهر بالخلوة الصحيحة حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى عندنا وعنده نصف المسمى وان لم يكن في النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل عندنا وعنده يجب عليه المتعة وعلى هذا الاختلاف وجوب العدة بعد الخلوة قبل الدخول عندنا وعنده لا تجب واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم اوجب الله تعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لان المراد من

(margin) الصحيحة صح

(margin) تجب

المس هو الجماع ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها فمن اوجب كل المفروض
فقد خالف النص وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او
تفرضوا لهن فريضة اي ولم تفرضوا فريضة فمتعوهن اوجب المتعة في الطلاق
في نكاح لا تسمية فيه مطلقا من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها وقوله
تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن
فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن دلت الاية على نفي وجوب العدة
ووجوب المتعة قبل الدخول من غير فصل ولان تاكد المهر يتوقف على استيفا
المستحق بالعقد وهو منافع البضع واستيفاوها بالوطي ولم يوجد ولا ضرر
لها في التوقف لان الزوج لا يخلو اما ان يستوفي او يطلق فان استوفي يتاكد
حقها وان طلق يفوت عليها نصف المهر لكن بعوض هو خير لها لان المعقود عليه
يعود اليها سليما مع سلامة نصف المهر لها بخلاف الاجارة انه تتاكد الاجرة
فيها بنفس التخلية ولا يتوقف التاكد على استيفا المنافع لان في التوقف هناك ضررا
بالآجر لان للاجارة مدة معلومة فمن الجايز ان يمتنع المستاجر من استيفا المنافع
مدة الاجارة بعد التخلية فلو توقف تاكد الاجرة على حقيقة الاستيفا وربما
لا يستوفي لفاتت المنافع عليه مجانا بلا عوض فيتضرر به الآجر فاقيم التمكن من
الانتفاع مقام استيفا المنفعة دفعا للضرر عن الآجر وهنا لا ضرر في التوقف
على ما بينا فتوقف التاكد على حقيقة الاستيفا **ولنا** قوله تعالى وان اردتم ط ولم يوجد فلا يتاكد م
استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيا
اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض نهى
الزوج عن اخذ شي مما ساق من المهر عند الطلاق وابان عن معنى النهي م الى م
بوجود الخلوة كذا قال الفرا ان الافضا هو الخلوة دخل بها او لم يدخل
وماخذ اللفظ دليل على ان المراد منه الخلوة الصحيحة لان الافضا ماخوذ
من الفضا من الارض وهو الموضع الذي لا بنا فيه ولا حاجز يمنع من ادراك ما
فيه فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه وهي التي لا حايل فيها ولا مانع
من الاستمتاع عملا بمقتضى اللفظ فظاهر النص يقتضي ان لا يسقط منه شي
بالطلاق الا ان سقوط النصف بالطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة في نكاح فيه
تسميه واقامة المتعة مقام نصف المهر في نكاح لا تسمية فيه ثبتت بدليل اخر
فنفي حال ما بعد الخلوة على ظاهر النص وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من كشف خمار امراته وجب الصداق دخل بها او لم يدخل وهذا نص م ونظر اليها م
في الباب وروي عن زرارة بن ابي اوفى انه قال قضى الخلفا الراشدون المهديون
انه اذا ارخى الستر واغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة دخل بها

او لم يدخل

او لم يدخل **وحكى** الطحاوي في هذه المسلة اجماع الصحابة من الخلفا الراشدين
وغيرهم رضي الله عنهم ولان المهر قد وجب بنفس العقد اما في نكاح فيه تسمية
فلا شك فيه واما في نكاح لا تسمية فيه فلما ذكرنا في مسلة المفوضة الا ان الوجوب
بنفس العقد ثبت موسعا ويتضيق عند المطالبة والدين المضيق واجب القضا
قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين يقضى ولان المهر صار ملكا لها بنفس العقد ط متى م
فالملك الثابت لانسان لا يجوز ان يزول الا بازالة المالك او بعجزه عن
الانتفاع بالمملوك حقيقة اما لمعنى يرجع الى المالك او لمعنى يرجع الى المحل ولم يوجد
شي من ذلك فلا يزول الا ان عند الطلاق قبل الدخول سقط النصف باسقاط م وقبل الخلوة صح
الشرع غير معقول المعنى لا بالطلاق فعل الزوج والمهر ملكها والانسان لا يملك م لان الطوق م
اسقاط حق الغير عن نفسه ولانها سلمت المبدل الى زوجها فيجب على زوجها تسليم
البدل اليها كما في البيع والاجارة والدليل على انها سلمت المبدل ان المبدل هو
ما يستوفى بالوطي وهو المنافع الا ان المنافع قبل الاستيفا معدومة فلا
يتصور تسليمها لكن لها محل موجود وهو العين وانها متصور التسليم حقيقة
فيقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة كما في الاجارة وقد وجد تسليم المحل
لان التسليم هو جعل الشي سالما للمسلم اليه وذلك برفع الموانع وقد وجد
لان الكلام في الخلوة الصحيحة وهي عبارة عن التمكن من الانتفاع ولا يتحقق
التمكن الا بعد ارتفاع الموانع كلها فثبت انه وجد منها تسليم المبدل فيجب على
الزوج تسليم البدل لان هذا عقد معاوضة وانه يقتضي تسليما بازا تسليم
كما يقتضي ملكا بازا ملك تحقيقا لحكم المعاوضة كما في البيع والاجارة **واما**
الاية فقد قال بعض اهل التاويل ان المراد من المسيس هو الخلوة فلا يكون
حجة على ان فيها ايجاب نصف المفروض لا اسقاط النصف الباقي الا ترى
ان من كان في يده عبد فقال نصف هذا العبد لفلان لا يكون ذلك نفيا
للنصف الباقي فكان حكم النصف الباقي مسكوتا عنه فيتوقف على قيام الدليل
وقد قام الدليل على البقا وهو ما ذكرنا فيبقى **واما** قوله التاكد انما يثبت
باستيفا المستحق فممنوع بل كما يثبت باستيفا المستحق يثبت بتسليم المستحق
كما في الاجارة وتسليمه بتسليم محله وقد حصل ذلك بالخلوة الصحيحة على
ما بيناه **ثم** تفسير الخلوة الصحيحة هي ان لا يكون هناك مانع من الوطي
لا حقيقي ولا شرعي ولا طبعي ~~اما المانع الحقيقي من الوطي لا حقيقي ولا شرعي~~
~~ولا طبعي~~ اما المانع الحقيقي فنحو ان يكون احدهما مريضا مرضا يمنع الجماع
او صغيرا لا يجامع مثله او صغيرة لا يجامع مثلها او كانت المراة رتقا او قرنا
لان الرتق والقرن يمنعان الوطي ويصح خلوة الزوج عنينا او خصيا

لان العنة والخصا لا يمنعان الوطي فكانت خلوتهما الخلوة عنهما ونصح خلوة المجبوب
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يصح **وجه** قولهما ان الجب يمنع
من الوطي فيمنع صحة الخلوة كالقرن والرتق ولابي حنيفة انه يتصور منه
السحق والايلاد بهذا الطريق الا ترى لو جاءت امرأته بولد يثبت النسب
منه بالاجماع واستحقت كمال المهر لو طلقها وان لم يوجد منه الوطي فيتصور المطلق م
في حقه ارتفاع المانع من وطي مثله فتصح خلوته وعليها العدة اما عنده فلا
تشكل لان الخلوة اذا صحت اقيمت مقام الوطي في حق تاكد المهر ففي حق
العدة اولى لانه يحتاط في ايجابها واما عندهما فقد ذكر الكرخي ان عليها
العدة عندهما ايضا وقال ابو يوسف ان كان المجبوب ينزل فعليها العدة
لان المجبوب قد يقذف بالماء فيتصل الى الرحم ويثبت نسب ولده فيجب العدة
احتياطا فان جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه ووجب لها جميع الصداق
لان الحكم بثبات النسب يكون حكما بالدخول فيتاكد المهر على قولهما ايضا وان كان
لا ينزل فلا عدة عليها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه والا فلا
يثبت كالمطلقة قبل الدخول وكالمعتدة اذا اقرت بانقضا العدة ثم اتت
بولد **واما** المانع الشرعي فهو ان يكون احدهما صائما صوم رمضان او محرما
بحجة فريضة او غير فريضة او لعمرة او تكون المراة حايضا او نفسا لان كل ذلك
محرم للوطي فكان مانعا من الوطي شرعا والحيض والنفاس يمنعان منه طبعا
ايضا لانهما اذى والطبع السليم ينفر عن استعمال الاذى واما في غير صوم
رمضان فقد روى بشر عن ابي يوسف ان صوم التطوع وقضا رمضان والكفا
والنذر لا يمنع صحة الخلوة وذكر الحاكم الجليل في مختصره ان نفل الصوم
كفرضه فصار في المسئلة روايتان **وجه** رواية المختصر ان صوم التطوع
محرم الفطر من غير عذر فصار كحج التطوع وذا يمنع صحة الخلوة كذا هذا **وجه**
رواية بشر ان صوم غير رمضان مضمون بالقضا لا غير فلم يكن قويا في معنى المنع
بخلاف صوم رمضان فانه يجب القضا فيه والكفارة وكذا حج التطوع وهو
المانع **ووجه اخر** من الفرق بين صوم التطوع وبين صوم رمضان ان تحريم
الفطر في صوم التطوع من غير عذر غير مقطوع به لكونه محل الاجتهاد وكذا لزوم
القضا بالافطار فلم يكن مانعا بيقين وحرمة الافطار في صوم رمضان من غير
عذر مقطوع بها وكذا لزوم القضا مانعا بيقين واما المانع الطبعي فهو ان يكون بالافطار فكان م
معهما ثالث لان الانسان يكره ان يجامع امرأته بحضرة ثالث ويستحي فينقبض عن
الوطي بمشهد منه وسوا كان الثالث بصيرا او اعمى يقظانا او نايما بالغا او صبيا
بعد ان كان عاقلا رجلا او امراة اجنبية او منكوحة لان الاعمى ان كان لا يبصر

فيحس

فيحس والنايم يحتمل ان يستيقظ ساعة فساعة فينقبض الانسان عن الوطي مع حضوره
والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الانسان منه كما يحتشم من الرجل واذا لم يكن
عاقلا فهو ملحق بالبهايم لا يمتنع الانسان عن الوطي لمكانه ولا يلتفت اليه
والانسان يحتشم من المراة الاجنبية ويستحي وكذا لا يحل لها النظر اليهما
فينقبضان لمكانها واذا كان هناك منكوحة له اخرى او تزوج امراتين فخلا بهما
فلا يحل لها النظر اليهما فينقبض عنها وقد قالوا انه لا يحل للرجل ان يجامع امراته
بمشهد امراة اخرى له ولو كان الثالث جارية له فقد روي ان محمدا رحمه الله
كان يقول اولا تصح خلوته ثم رجع وقال لا تصح **وجه** قوله الاول ان الامة
ليست لها حرمة الحرة فلا يحتشم المولى منها وكذا يجوز لها النظر اليه فلا يمنعه
عن الوطي **وجه** قوله الاخير ان الامة ان كان لا يجوز لها النظر اليه لا يجوز
لها النظر اليها فتنقبض المراة لذلك وكذا قالوا لا يحل له الوطي بمشهد منها كما لا
يحل بمشهد امراته الاخرى ولا خلوة في المسجد والطريق والصحرا وعلى سطح
لا حجاب عليه لان المسجد يجمع الناس للصلاة لا يومن من الدخول عليه ساعة فساعة
وكذا الوطي في المسجد حرام قال الله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد
والطريق ممر الناس لا تخلوا عنهم عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع من الوطي
وكذا الصحرا والسطح من غير حجاب لان الانسان ينقبض عن الوطي في مثله لاحتمال
ان يحصل هناك ثالث او ينظر اليه احد معلوم ذلك بالعادة ولو خلا بها في حجلة
او قبة فارخى الستر عليه فهو خلوة صحيحة لان ذلك في معنى البيت ولا خلوة في
النكاح الفاسد لان الوطي فيه حرام فكان المانع الشرعي قايما ولان الخلوة مما
تتاكد بها المهر وتاكده بعد وجوبه يكون ولا يجب بالنكاح الفاسد شي فلا يتصور
التاكد والله اعلم ثم في كل موضع صحت الخلوة وتاكد المهر وجبت العدة
لان الخلوة الصحيحة لما اوجبت كمال المهر فلان توجب العدة اولى لان المهر
خالص حق العبد وفي العدة حق الله تعالى فيحتاط فيها وفي كل موضع فسدت
الخلوة لا يجب كمال المهر وهل تجب العدة ينظر في ذلك ان كان الفساد لمانع حقيقي لا
تجب لانه لا يتصور الوطي مع وجود المانع الحقيقي منه وان كان المانع شرعي
او طبعي تجب لان الوطي مع وجود هذا النوع من المانع ممكن فيتهمان في الوطي
فتجب العدة عند الطلاق احتياطا والله الموفق **واما التاكد** بموت احد
الزوجين فنقول لا خلاف في ان احد الزوجين اذا مات حتف انفه قبل الدخول
في نكاح فيه تسمية انه يتاكد المسمى سوا كانت المراة حرة او امة لان المهر كان واجبا
بالعقد والعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى نهايته لانه عقد يعقد للعمر فتنتهي نهايته
عند انتها العمر واذا انتهى تاكد فيما مضى وتقرر بمنزلة الصوم يتقرر بمجي الليل

فيتقرر الواجب ولان كل المهر لما وجب بنفس العقد صار دينا عليه والموت لم يعرف
مسقطا للدين في اصول الشرع فلا يسقط شيء منه بالموت كسائر الديون وكذلك اذا
قتل احدهما سواء قتله اجنبي او قتل احدهما صاحبه او قتل الزوج نفسه فاما اذا
قتلت المراة نفسها فان كانت حرة لا يسقط عن الزوج شيء من المهر بل يتاكد الكل
عليه عندنا وعند زفر والشافعي يسقط المهر **وجه** قولهما انها بالقتل
فوتت على الزوج حقه في المبدل فيسقط حقها عن البدل كما اذا ارتدت قبل
الدخول او قبلت ابن زوجها او اباه **ولنا** ان القتل انما يصير تفويتا عند
زهوق الروح لانه انما يتم فعلا عند ذلك والمهر في تلك الحالة ملك الورثة
فلا يحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها زوجها او اجنبي بخلاف الردة والتقبيل
لان المهر وقت التقبيل والردة كان ملكها فاحتمل السقوط بفعلها وان كانت امة
فقتلها مولاها سقط مهرها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يسقط
بل يتاكد **وجه** قولهما ان الموت مؤكد للمهر وقد وجد الموت لان المقتول ميت
باجله فيتاكد بالموت كما اذا قتلها اجنبي او قتلها زوجها وكالحرة اذا قتلت نفسها
ولان الموت انما اكد المهر لانه ينتهي به النكاح والشيء اذا انتهى نهايته يتقرر
وهذا المعنى موجود في القتل لانه ينتهي به النكاح فيتقرر به وتقرر المبدل يوجب
تقرر البدل ولابي حنيفة رحمه الله ان من له البدل فوت المبدل على صاحبه
وتفويت المبدل على صاحبه ممن يستحق البدل يوجب سقوط البدل كالبائع اذا
اتلف المبيع قبل القبض انه يسقط الثمن لما قلنا كذا هذا ولا شك انه وجد تفويت
المبدل ممن يستحق البدل لان المستحق للبدل هو المولى وقد اخرج المبدل عن
كونه مملوكا للزوج والدليل على ان هذا يوجب سقوط البدل ان الزوج لا يرضى
بملك البدل عليه بعد فوات المبدل عن ملكه فكان ابقاء البدل عليه بعد ازالة
المبدل عن ملكه اضرارا به **والاصل** في الضرر ان لا يكون فكان اقدام
المولى على تفويت المبدل عن ملك الزوج والحالة هذه اسقاطا للبدل دلالة
فصار كما لو اسقطه نصا بالابراء بخلاف الحرة اذا قتلت نفسها لانها وقت فوات
المبدل لم تكن مستحقة للبدل لانتقاله الى الورثة على ما بينا والانسان لا يملك
اسقاط حق غيره وها هنا بخلافه لان المهر وقت فوات المبدل على الزوج ملك
المولى وحقه والانسان يملك التصرف في ملك نفسه استيفاء واسقاطا فكان محتملا
للسقوط بتفويت المبدل دلالة كما كان محتملا للسقوط بالاسقاط نصا بالابراء
وهو الجواب عما اذا قتلها زوجها او اجنبي لانه لا حق للاجنبي ولا للزوج في مهرها
فلا يحتمل السقوط باسقاطهما ولهذا لم يحتمل السقوط باسقاطهما فكيف يحتمل السقوط
من طريق الدلالة والدليل على التفرقة بين هذه الفصول ان قتل الحرة نفسها

لا يتعلق

لا يتعلق به حكم من احكام الدنيا فصار كموتها حتف انفها حتى قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
انها تغسل ويصلى عليها كما لو ماتت حتف انفها وقتل المولى امته يتعلق به وجوب الكفارة وقتل الاجنبي اياها يتعلق به
وجوب القصاص ان كان عمدا والدية والكفارة ان كان خطا فلم يكن
قتلها بمنزلة الموت هذا اذا قتلها المولى فاما اذا قتلت نفسها فعن ابي
حنيفة روايتان روى ابو يوسف عنه انه لا مهر لها وروى محمد عنه ان لها
المهر وهو قولهما **وجه** الرواية الاولى ان قتلها نفسها بمنزلة قتل
المولى اياها بدليل ان جنايتها كجنايته في باب الضمان لانها مضمونة
بمال المولى ولو قتلها المولى يسقط المهر عنده فكذا اذا قتلت نفسها
وجه الرواية الاخرى ان البدل حق المولى وملكه فتفويت المبدل
منها لا يوجب بطلان حق المولى بخلاف جناية المولى والدليل على التفرقة
بين الجنايتين ان جنايتها على نفسها هدر بدليل انه لا يتعلق بها حكم من
احكام الدنيا فالتحقت بالعدم وصار كانها ماتت حتف انفها بخلاف
جناية المولى عليها فانها مضمونة بالكفارة وهي من احكام الدنيا فكانت
جنايته عليها معتبرة فلا تجعل بمنزلة الموت والله الموفق ه واذا تاكد
المهر باحد المعاني التي ذكرناها لا يسقط بعد ذلك وان كانت الفرقة
من قبلها لان البدل بعد تاكده لا يحتمل السقوط الا بالابراء كالثمن اذا تاكد
بقبض المبيع واما اذا مات احد الزوجين في نكاح لا تسمية فيه فانه يتاكد
مهر المثل عند اصحابنا وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعن
علي رضي الله عنه ان لها المتعة وبه اخذ الشافعي رضي الله عنه الا انه قال
متعتها ما استحقت من الميراث لا غير احتج من قال بوجوب المتعة بقوله
تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء الى قوله تعالى ومتعوهن وقوله تعالى يا ايها
الذين امنوا اذا نكحتم المومنات الى قوله فمتعوهن امر بالمتعة من غير فصل بين
حال الموت وغيرها والنص وان ورد في الطلاق لكنه يكون واردا في
الموت الا ترى ان النص ورد في صريح الطلاق ثم ثبت حكمه في الكنايات
من الابانة والتسريح والتحريم وغير ذلك كذا هذا **ولنا** ما روينا
عن معقل بن سنان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق
وقد مات عنها زوجها قبل ان يدخل بها بمهر المثل ولان المعنى الذي له وجب
كل المسمى بعد موت احد الزوجين في نكاح فيه تسمية موجود في نكاح لا تسمية
فيه وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولا حجة لهم في الاية لان فيها ايجاب المتعة
في الطلاق لا في الموت ومن ادعى الحاق الموت بالطلاق فلا بد له من دليل
اخر والله الموفق ه **فصل** واما بيان ما يسقط به كل المهر فالمهر يسقط

كله باسباب اربعة منها الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمراة وقبل الخلوة
بها فكل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة تسقط جميع المهر
سوا كانت من قبل المراة او من قبل الرجل وانما كان كذلك لان الفرقة
بغير طلاق تكون فسخا للعقد وفسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر
لان فسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كانه لم يكن وسنبين الفرقة التي
تكون بغير طلاق والتي تكون بطلاق في موضعها ان شا الله تعالى **ومنها**
الابرا عن كل المهر قبل الدخول وبعده اذا كان المهر دينا لان الابرا
اسقاط والاسقاط ممن هو اهل للاسقاط في محل قابل للسقوط يوجب السقوط
ومنها الخلع على المهر قبل الدخول وبعده ثم ان كان المهر غير مقبوض
سقط عن الزوج وان كان مقبوضا رده على الزوج وان خالعها على مال
سوى المهر يلزمها ذلك المال ويبرا الزوج عن كل حق وجب لها عليه بالنكاح
كالمهر والنفقة الماضية في قول ابي حنيفة رحمه الله لان الخلع وان كان
طلاقا بعوض عندنا لكن فيه معنى البراة لما نذكره في مسلة المخالعة والمباراة
في كتاب الطلاق في بيان حكم الخلع وعمله ان شا الله تعالى **ومنها** هبة كل
المهر قبل القبض عينا كان او دينا وبعده اذا كان عينا وجملة الكلام في
هبة المهر ان المهر لا يخلو اما ان يكون عينا وهو ان يكون معينا مشارا اليه
مما يصح تعيينه واما ان يكون دينا وهو ان يكون في الذمة كالدراهم والدنانير
معينة كانت او غير معينة والمكيلات والموزونات في الذمة والحيوان
في الذمة كالعبد والفرس والعرض في الذمة كالثوب الهروي والحال
لا يخلو اما ان يكون قبل القبض واما ان يكون بعد القبض وهبت كل المهر او
بعضه فان وهبت كل المهر قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول بها فلا شي له عليها
سوا كان المهر عينا او دينا في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع عليها
بنصف المهر ان كان دينا وبه اخذ الشافعي رضي الله عنه **وجه** قول زفر
انها بالهبة تصرفت في المهر بالاسقاط واسقاط الدين استهلاكه والاستهلاك
بتصرف القبض فصار كانها قبضت ثم وهبت **ولنا** ان الذي يستحقه الزوج
بالطلاق قبل الدخول عاد اليه من جهتها بسبب لا يوجب الضمان لانه
يستحق نصف المهر وقد عاد اليه بالهبة والهبة لا توجب الضمان فلا يكون
له حق الرجوع عليها بالنصف كالنصف الاخر وان وهبت بعد القبض فان كان
الموهوب عينا فقبضته ثم وهبت منه لم يرجع عليها بشي لان ما يستحقه بالطلاق
قبل الدخول هو نصف الموهوب بعينه وقد رجع اليه بعقد لا يوجب الضمان فلم
يكن له الرجوع عليها وان كان دينا في الذمة فان كان حيوانا او عرضا فكذلك لا

يرجع

مباحث هبة الصداق

يرجع عليها بشي لان الذي يستحقه بالطلاق قبل الدخول نصف ذلك الشي بعينه
من العبد والثوب فصار كانه تعين بالعقد وان كان دراهم او دنانير معينة
او غير معينة او مكيلا او موزونا سوى الدراهم والدنانير فقبضته ثم وهبته
منه ثم طلقها يرجع عليها بمثل نصفه لان المستحق بالطلاق ليس هو الذي وهبته
بعينه بل مثله بدليل انها كانت مخيرة في الدفع ان شات دفعت ذلك بعينه
وان شات دفعت مثله كما كان الزوج مخيرا في الدفع اليها في العقد فلم يكن
العائد اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فصار كانها وهبته مالا اخر
ولو كان كذلك لرجع عليها بمثل نصف الصداق كذا هذا وقال زفر في الدراهم
والدنانير اذا كانت معينة فقبضتها ثم وهبتها ثم طلقها انه لا رجوع للزوج
عليها بشي بنا على ان الدراهم والدنانير عنده تتعين بالعقد فتتعين بالفسخ ايضا
كالعروض وعندنا لا تتعين بالعقد ولا تتعين بالفسخ ونذكر المسلة في كتاب
البيوع ان شا الله تعالى ه وكذلك اذا كان المهر دينا فقبضت الكل ثم وهبت
النصف فللزوج ان يرجع عليها بنصف المقبوض لان له ان يرجع عليها اذا وهبت
الكل فاذا وهبت البعض اولى ه ولو قبضت النصف ثم وهبت النصف الباقي او
وهبت الكل ثم طلقها قبل الدخول بها قال ابو حنيفة لا يرجع الزوج عليها بشي
وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليها بربع المهر **وجه** قولهما ان المستحق للزوج
بالطلاق قبل الدخول نصف المهر فاذا قبضت النصف دون النصف فقد استحق
النصف مشاعا فيما في ذمته وفيما قبضت فكان نصف النصف وهو ربع الكل في ذمته
ونصف النصف فيما قبضت الا انها اذا لم تكن وهبته حتى طلقها لم يرجع عليها بشي
~~لانه صار ما في ذمته قصاصا الا انها اذا لم تكن وهبته حتى طلقها لم يرجع عليها~~
~~بشي لانه صار ما في ذمته قصاصا~~ بما له عليها فاذا وهبت فقد حقه في نصف ما في
يدها وهو الربع فيرجع عليها بذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان الذي يستحقه
الزوج بالطلاق قبل الدخول ما في ذمته بدليل انها لو لم تكن وهبت وطلقها
لا يرجع بشي وقد عاد اليه ما كان في ذمته بسبب لا يوجب الضمان وهو الهبة   عليها صح
فلا يكون له الرجوع بشي ه ولو كان المهر جارية فولدت بعد القبض او جنى عليها
حتى وجب الارش او كان شجرا فاثمر او دخله عيب ثم وهبته منه ثم طلقها قبل
الدخول فلا يرجع عليها بنصف القيمة لان حق الزوج ينقطع عن العين لهذه العوارض
بدليل انه لا يجوز له اخذها مع الزيادة واذا كان حقه منقطعا عنها لم يعد
اليه بالهبة ما استحقه بالطلاق فكان له ان يضمنها واذا وجدت به عيبا فالحق
وان لم ينقطع عن العين به لكن يجوز له تركه مع العيب فلم يكن الحق متعلقا بالعين
على سبيل اللزوم فلم يكن الواصل الى الزوج عين ما يستحقه بالطلاق ولو كانت

الزيادة في بدنها فوهبتها له ثم طلقها كان له ان يضمنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد بنا على ان الزيادة المتصلة تمنع التنصيف عندهما وعنده لا تمنع
ولو باعته المراة او وهبته على عوض يرجع عليها بمثل نصفه فيما له مثل وبنصف
القيمة فيما لا مثل له لان المهر عاد الى الزوج لسبب يتعلق به الضمان فوجب له
الرجوع واذا ثبت له الرجوع ضمنها كما لو باعته من اجنبي ثم اشتراه الزوج من
الاجنبي ثم ان كانت باعت قبل القبض فعليها نصف القيمة يوم البيع لانه داخل
في ضمانها بالبيع وان كانت قبضته ثم باعت فعليها نصف القيمة يوم القبض لانه
داخل في ضمانها بالقبض والله اعلم

فصل واما بيان ما يسقط به نصف
المهر فما يسقط به نصف المهر نوعان نوع يسقط به نصف المهر صورة ومعنى
ونوع يسقط به نصف المهر معنى لا صورة **اما النوع الاول** فهو الطلاق
قبل الدخول في نكاح فيه تسمية المهر والمهر دين لم يقبض بعد وجملة
الكلام فيه ان الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية قد يسقط به عن الزوج نصف
المهر وقد يعود به اليه النصف وقد يكون له به مثل النصف صورة ومعنى او معنى
لا صورة وبيان هذه الجملة ان المهر المسمى اما ان يكون دينا واما ان يكون
عينا وكل ذلك لا يخلوا اما ان يكون مقبوضا واما ان يكون غير مقبوض فان كان
دينا لم تقبضه حتى طلقها قبل الدخول بها سقط نصف المسمى بالطلاق وبقي
النصف هذا طريق عامة المشايخ وقال بعضهم ان الطلاق قبل الدخول يسقط
جميع المسمى وانما يجب نصف اخر ابتدا على طريق المتعة لا بالعقد الا ان هذه المتعة
مقدرة بنصف المسمى والمتعة في الطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه
غير مقدرة بنصف والى هذا الطريق ذهب الكرخي والرازي وكذا روي
عن ابراهيم النخعي انه قال في الذي طلق قبل الدخول وقد سمي لها نصف المهر
ذلك متعتها احتجوا بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات الى قوله
فمتعوهن اوجب المتعة في الطلاق قبل الدخول من غير فصل بين ما اذا كان في النكاح تسمية او لم يكن الا ان هذه المتعة قدرت
~~بنصف المسمى بدليل اخر وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولان النكاح انفسخ بالطلاق~~
قبل الدخول من غير فصل بينما اذا كان في النكاح تسمية او لم يكن الا ان هذه المتعة
قدرت بنصف المسمى بدليل اخر وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولان النكاح انفسخ
بالطلاق قبل الدخول لان المعقود عليه عاد سليما الى المراة وسلامة المبدل لاحد
العاقدين تقتضي سلامة البدل للاخر كما في الاقالة في باب البيع قبل القبض وهذا
لان المبدل اذا عاد سليما الى المراة فلو لم يسلم البدل للزوج لاجتمع البدل
والمبدل في ملك واحد في عقد المعاوضة وهذا لا يجوز لهذا المعنى سقط الثمن عن
المشتري بالاقالة قبل القبض كذا المهر ولعامة المشايخ قوله تعالى وان طلقتموهن

فمهر المثل م

لها ان م

من قبل

من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم اوجب نصف المفروض
فايجاب نصف اخر على طريق المتعة ما ليس بمفروض وهذا خلاف النص ولان الطلاق
تصرف في الملك بالابطال وضعا لانه موضوع لرفع العقد وهو الملك فكان تصرفا
في الملك ثم اذا ابطل الملك لا يبقى النكاح في المستقبل وينتهي لعدم فايدة البقا
ويتقرر فيما مضى بمنزلة الاعتاق انه اسقاط للملك فيكون تصرفا في الملك ثم السبب
ينتهي في المستقبل لعدم فايدة البقا ويتقرر فيما مضى كذا الطلاق كان ينبغي ان لا
يسقط شي من المهر كما لا يسقط بالموت الا ان سقوط النصف ثبت بدليل ولان
المهر يجب باحداث ملك المتعة جبرا للبدل بالقدر الممكن وبالطلاق لا يتبين
ان الملك لم يكن الا انه سقط النصف بالنص واما النص فقد قيل انه منسوخ
بالنص الذي في سورة البقرة وهو قوله تعالى وان طلقتموهن الاية او يحمل
الامر بالتمتيع على الندب والاستحباب او يحمل على الطلاق في نكاح ممنوع بل هو تصرف
في الملك بالقطع والابطال فيظهر اثره في المستقبل كالاعتاق وبه تبين ان
المعقود عليه ما عاد الى المراة لان المعقود عليه هو ملك المتعة وانه لا يعود
الى المراة بل يبطل ملك الزوج عن المتعة بالطلاق ويصير لها في المستقبل لا ان
يعود او يقال ان الطلاق قبل الدخول يشبه الفسخ لما قالوا ويشبه الابطال
لما قلنا وشبه الفسخ يقتضي سقوط كل البدل كما في الاقالة قبل القبض وشبه الابطال
يقتضي ان لا يسقط شي من البدل كما في الاعتاق قبل القبض فينتصف توفيرا للحكم
على الشبهين وعملا بهما بقدر الامكان والدليل على صحة هذا الطريق ما ظهر القول
من اصحابنا فيمن تزوج امراة على خمسة من الابل السائمة وسلمها الى المراة وحال
عليها الحول ثم طلقها قبل الدخول بها انه يسقط عنها نصف الزكاة ولو سقط المسمى
كله ثم وجب نصفه بسبب اخر لسقط كل الزكاة ولان القول بسقوط كل المهر ثم
بوجوب نصفه غير معقول والشرع لا يرد بما لا فايدة فيه ولو شرط مع المسمى الذي
هو مال ما ليس بمال بان تزوجها على الف درهم وعلى ان يطلق امراته الاخرى
او على ان لا يخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى وسقط
الشرط لان هذا شرط اذا لم يقع الوفا به يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا يثبت
بالطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره فلم يبق الا المسمى فينصف وكذلك ان شرط
مع المسمى شيا مجهولا كما اذا تزوجها على الف درهم وكرامتها او على الف درهم
وان يهدي اليها هدية ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى لانه اذا لم
يف بالكرامة والهدية يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا مدخل له في الطلاق قبل
الدخول فسقط اعتبار هذا الشرط وكذلك لو تزوجها على الف او على الفين حتى
وجب مهر المثل في قول ابي حنيفة وفي قولهما الاقل ثم طلقها قبل الدخول بها فلها

ايجاب م

لا تسمية فيه علما بالدلائل
وقولهم الطلاق فسخ للنكاح
م

نصف الالف بالاجماع اما عند ابي حنيفة فلان الواجب مهر المثل وانه لا يثبت في
الطلاق قبل الدخول واما عندهما فهو الاقل فيتنصف وكذلك لو تزوجها على الف
ان لم يكن له امراة وعلى الفين ان كانت له امراة حتى فسد الشرط الثاني عند ابي
حنيفة وطلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لما قلنا وعندهما الشرطان جايزان
فايهما وجد فلها نصف ذلك بالطلاق قبل الدخول ولو تزوجها على اقل من عشرة
ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف ما سمي وتمام خمسة دراهم لان تسمية ما دون
العشرة تسمية للعشرة عندنا فكانه تزوجها على ذلك الشي وتمام عشرة فان كانت
قد قبضته فان كان دراهم او دنانير معينة او غير معينة او كان مكيلا او موزونا
في الذمة فقبضته وهو قايم في يدها فطلقها فعليها رد مثل نصف المقبوض وليس
عليها رد عين ما قبضت لان عين المقبوض لم تكن واجبة بالعقد فلا تكون واجبة
بالفسخ واما على اصل زفر فالدراهم والدنانير تتعين بالعقد فتتعين بالفسخ فعليها
رد نصف عين المقبوض ان كان قايما فان كان عبدا وسطا او ثوبا وسطا فسلمه
اليها ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها رد نصف المقبوض لان العبد لا مثل له والاصل
فيما لا مثل له ان لا يجب في الذمة الا انه وجب الوسط منه في الذمة وتحملت الجهالة
فيه لما ذكرنا فيما تقدم فاذا تعين بالقبض كان ايجاب نصف العين اعدل من ايجاب
المثل او القيمة فوجب عليها رد نصف عين المقبوض كما لو كان معينا فقبضته فلا يملكه
الزوج بنصف الطلاق لما نذكر هذا اذا كان المهر دينا او لم تقبضه حتى ورد الطلاق
قبل الدخول فاما اذا كان عينا بان كان معينا مشارا اليه مما يحتمل التعيين كالعبد
والجارية وساير الاعيان فلا يخلو اما ان كان على حاله لم تزد ولم تنقص فان كان
غير مقبوض فطلقها قبل الدخول بها عاد الملك في النصف اليه بنفس الطلاق ولا
يحتاج للعود اليه الى الفسخ او التسليم منها حتى لو كان المهر امة فاعتقها الزوج
قبل الفسخ والتسليم ينفذ اعتاقه في نصفها بلا خلاف وان كان مقبوضا لا يعود
الملك في النصف اليه بنفس الطلاق ولا ينفسخ ملكها في النصف حتى يفسخه الحاكم
او تسلمه المراة وذكر في الزيادات وزاد عليه الفسخ من الزوج وهو ان يقول
قد فسخت هذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه ينفسخ ملكها في
النصف بنفس الطلاق وهو قول زفر حتى لو كان المهر امة فاعتقها قبل الفسخ
والتسليم جاز اعتاقها في جميعها ولا يجوز اعتاق الزوج فيها وعلى قول ابي يوسف
لا يجوز اعتاقها الا في النصف ويجوز اعتاق الزوج في نصفها **وجه** قول ابي
يوسف ان الموجب للعود هو الطلاق وقد وجد فيعود ملك الزوج كالبيع اذا
فسخ قبل القبض انه يعود ملك البايع بنفس الفسخ كذا هذا **وجه** قولهما ان العقد
وان انفسخ بالطلاق فقد بقي القبض بالتسليط الحاصل بالعقد وانه من اسباب

م فلان الواجب

م فقبضته

واما ان زاد او نقص فان كان على حاله لم يزد ولم ينقص

الملك

الملك عندنا فكان سبب الملك قايما فكان الملك قايما فلا يزول الا بالفسخ من القاضي
لانه فسخ سبب الملك او بتسليمها لان تسليمها نقض للقبض حقيقة او بفسخ الزوج
على رواية الزيادات لانه بمنزلة المقبوض بحكم عقد فاسد وكل واحد من العاقدين
بسبيل من فسخ البيع الفاسد فصار كما لو اشترى عبدا بجارية فقبض العبد ولم يسلم الجارية
حتى هلكت الجارية في يده انه ينفسخ العقد في الجارية ويبقى الملك في العبد
المقبوض الى ان يسترده لانه مقبوض بحكم عقد فاسد كذا هذا ولان المهر بدل
يملك بالعقد ملكا مطلقا فلا ينفسخ الملك فيه بفعل احد العاقدين كالثمن في باب
البيع بخلاف ما قبل القبض لان غير المقبوض ليس بمملوك ملكا مطلقا هذا اذا كان
المهر بحاله لم يزد ولم ينقص **واما اذا زاد** فالزيادة لا تخلو اما ان كانت
على المهر واما ان كانت في المهر فان كانت على المهر بان سمى الزوج لها الفا وزادها
بعد العقد مائة ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف وبطلت الزيادة
في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف ان لها نصف الالف ونصف الزيادة
ايضا **وجه** قوله ظاهر قوله تعالى وان طلقتموهن الى قوله فنصف ما فرضتم
والزيادة مفروضة فيجب تنصيفها بالطلاق قبل الدخول ولان الزيادة تلتحق
باصل العقد على اصل اصحابنا كالزيادة في الثمن في باب البيع وجعل كان العقد
ورد على الاصل والزيادة جميعا فيتنصف بالطلاق قبل الدخول كالاصل
وجه ظاهر الرواية ان هذه الزيادة لم تكن مسماة في العقد حقيقة وما
لم يكن مسمى في العقد فورود الطلاق قبل الدخول يبطله كمهر المثل **واما
قوله** الزيادة تلتحق باصل العقد فنقول الزيادة على المهر لا تلتحق باصل العقد
لانها وجدت متاخرة عن العقد حقيقة والحاق المتاخر عن العقد بالعقد خلاف
الحقيقة فلا يصار اليه الا لحاجة والحاجة الى ذلك في باب البيع لكونه
عقد معاوضة ومبادلة المال بالمال فتتحقق الحاجة الى الزيادة دفعا للخسران
وليس النكاح عقد معاوضة ولا مبادلة المال بالمال للتحرز عن الخسران فلا ضرورة
الى تغيير الحقيقة واما النص فالمراد منه المفروض في العقد لانه هو المتعارف
فينصرف المطلق اليه والدليل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من
بعد الفريضة فدل ان الزيادة ليست بفريضة وان كانت في المهر لا يخلو
اما ان يكون في يد الزوج واما ان يكون في يد المراة فان كان في يد الزوج فالزيادة
لا تخلو اما ان كانت متصلة بالاصل واما ان كانت منفصلة عنه والمتصلة
لا تخلو من ان تكون متولدة من الاصل كالسمن والكبر والجمال والبصر والسمع
والنطق كانجلا بياض العين وزوال الخرس والصمم والشجر اذا اثمر والارض
اذا زرعت او غير متولدة منه كالثوب اذا صبغ والدار والارض اذا بني

م الفاسد

ها

ف

م فالمهر

فيها ثنا وكذا المنفصلة لا تخلو اما ان كانت متولدة من الاصل كالولد والوبر
والصوف اذا جز والشعر اذا ارسل والثمر اذا جذ والزرع اذا حصد او كان
في حكم المتولد منه كالارش والعقر واما ان كانت غير متولدة منه كالهبة والكسب
فان كانت الزيادة متولدة من الاصل او في حكم المتولد فهي مهر سواء كانت متصلة
بالاصل او منفصلة عنه حتى لو طلقها قبل الدخول بها يتنصف الاصل والزيادة
جميعا بالاجماع لان الزيادة تابعة للاصل لكونها نماء الاصل والارش بدل جزء
هو مهر فيقوم مقامه والعقر بدل ما هو مهر فاذا حدثت قبل القبض وللقبض
شبه بالعقد فكان وجودها عند القبض كوجودها عند العقد فكانت محلا
للفسخ وان كانت غير متولدة من الاصل فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع
التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل لان هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا
ولا تبعا لانها لم تتولد من المهر فلا يكون مهرا فلا تتنصف ولا يمكن تنصيف الاصل
بدون تنصيف الزيادة فامتنع التنصيف فيجب عليها نصف قيمة الاصل يوم الزيادة
لانها بالزيادة صارت قابضة للاصل فتعتبر قيمته يوم حكم بالقبض وان كانت
منفصلة عن الاصل فالزيادة ليست بمهر وهي كلها للمراة في قول ابي حنيفة رحمه
الله ولا تتنصف ويتنصف الاصل وعند ابي يوسف ومحمد هي مهر فتتنصف مع الاصل
وجه قولهما ان هذه الزيادة تملك بملك الاصل فكانت تابعة للاصل
فتتنصف مع الاصل كالزيادة المتصلة والمنفصلة المتولدة من الاصل كالسمن
والولد ولابي حنيفة ان هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا ولا تبعا اما
مقصودا فظاهر لان العقد ما ورد عليها مقصودا وكذا هي غير مقصودة
بتملك الجارية لانه لا يقصد بتملك الجارية الهبة لها واما تبعا فلانها ليست
بمتولدة من الاصل فدل انها ليست بمهر لا قصدا ولا تبعا وانما هي مال المراة
فاشبهت سائر اموالها بخلاف الزيادة المتصلة المتولدة لانها نماء المهر
فكانت جزءا من اجزائه فتتنصف كما يتنصف الاصل ولو اجر الزوج بغير اذن
المراة فالاجرة له لان المنافع ليست باموال متقومة بانفسها عندنا وانما
تاخذ حكم المالية والتقوم بالعقد والعقد صدر من الزوج فكانت الاجرة
له كالغاصب اذا اجر المغصوب ويتصدق بالاجرة لانها مال حصل بسبب محظور
وهو التصرف في ملك الغير بغير اذنه فيتمكن فيه الخبث فكان سبيله التصدق
به هذا اذا كان المهر في يد الزوج فحدثت فيه زيادة فاما اذا كان المهر
في يد المراة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وللزوج عليها نصف القيمة يوم سلم اليها وقال
محمد لا يمنع ويتنصف الاصل مع الزيادة واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن

من قبل

م ولا في حكم المتولد منه صح

ط في حكم الجزء فكان بمنزلة المتولد من المهر فكان

م والمنفصلة المتولدة صح

م المهر

من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم جعل في الطلاق
قبل الدخول في نكاح فيه فرض نصف المفروض ممن جعل فيه نصف قيمة المفروض
فقد خالف النص واذا اوجب تنصيف اصل المفروض ولا يمكن تنصيفه الا
بتنصيف الزيادة فيجب تنصيف الزيادة ضرورة ولان هذه الزيادة
تابعة للاصل من كل وجه لانها قائمة به والاصل مهر فكذا الزيادة بخلاف
الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل لانها ليست بتابعة محضة لان
الولد بالانفصال صار اصلا بنفسه فلم يكن مهرا وبخلاف الزيادة المتصلة
في الهبة انها تمنع من الرجوع والاسترداد لان حق الرجوع في الهبة ليس
بثابت بيقين لكونه محل الاجتهاد فلا يمكن الحاق الزيادة بحالة العقد فتعذر
ايراد الفسخ عليها فيمتنع الرجوع **وجه قولهما** ان هذه الزيادة لم
تكن موجودة عند العقد ولا عند ما له شبهة بالعقد وهو القبض فلا يكون
لها حكم المهر ولا يمكن فسخ العقد فيها بالطلاق قبل الدخول لان الفسخ انما
يرد على ما ورد عليه العقد والعقد لم يرد عليها اصلا ولا يرد عليها الفسخ
كالزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل لانه لو نقض العقد فاما ان يرد
نصف مع نصف الزيادة او بدون الزيادة المتصلة ولا سبيل الى الاول
لانه يؤدي الى الربا لانها اذا لم تكن محلا للفسخ لعدم ورود العقد عليها
كان اخذ الزيادة منها اخذ مال بلا عوض في عقد المعاوضة وهذا
تفسير الربا وجب قيمة المعروض لان نصف المفروض صار بمنزلة الهالك
واما الاية فلا حجة له فيها لان مطلق المفروض ينصرف الى المفروض المتعارف
وهو الاثمان دون السلع والاثمان لا تحتمل الزيادة والنقصان وعلى هذا
الاختلاف الزيادة المتصلة في البيع اذا اختلفا انها تمنع التحالف عند ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يمنع ولو هلكت هذه الزيادة في يد الزوج
ثم طلقها فلها نصف الاصل لان المانع من التنصيف قد ارتفع وان كانت منفصلة
غير متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل لما بينا
فيما تقدم وان كانت منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف في قول
اصحابنا الثلاثة وعليها رد نصف قيمة الاصل الى الزوج وقال زفر لا يمنع
ويتنصف الاصل مع الزيادة وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل
فهي لها خاصة والاصل بينهما نصفان بالاجماع **وجه** قول زفر ان الزيادة
تابعة للاصل لانها متولدة منه فتتنصف مع الاصل كالزيادة الحادثة قبل
القبض **ولنا** ان هذه الزيادة لم تكن عند العقد ولا عند القبض فلم تكن
مهرا اذ الفسخ انما يرد على حكم المهر فلا تتنصف وتبقى على ملك المراة كما كانت
على حاله

الاصلاح

م لا سبيل الى الثاني لانه
لا يتصور رد الاصل
بدون رد الزيادة

ط لضعف
م لا نصف المفروض صح

قبل الطلاق ولا يمكن تنصيف الاصل بدون الزيادة وهو رد نصف الجارية
بدون الولد لانه يصير لها فضل اصل فسخ العقد فيه مما لم يكن لها ذلك في
الاصل الا ببدل من غير بدل وذلك وصف الربا وانه حرام فاذا تعذر
تنصيف المفروض لمكان الربا يجعل المفروض كالهالك لانه في حق كونه
محجوز التسليم الى الزوج بمنزلة الهالك فيجب نصف القيمة لئلا يؤدي الى معنى الربا
والله اعلم وكذلك لو ارتدت او قبلت ابن زوجها قبل الدخول بها بعد
ما حدثت الزيادة في يد المراة فذلك كله لها وعليها رد قيمة الاصل يوم
قبضت كذا ~~ذكر ابو يوسف~~ في الاصل وهو قول محمد وروي عن ابي يوسف انها
ترد الاصل والزيادة وفرق بين الردة والتقبيل وبين الطلاق وقال
في الطلاق ترد نصف قيمة الاصل وفي الردة والتقبيل ترد الاصل والزيادة
جميعا **وجه** الفرق ان الردة والتقبيل فسخ العقد من الاصل وجعله
اياه كان لم يكن فكان كمن باع عبدا بجارية وقبض الجارية ولم يدفع العبد
حتى ولدت ثم مات العبد قبل ان يدفعه انه ياخذ الجارية وولدها لانفساخ
العقد من الاصل بموت العبد في يد بايعه كذا هذا بخلاف الطلاق فانه اطلاق
وحل العقد وليس بفسخ فينحل العقد وينطلق او يرتفع من حين الطلاق لا من
الاصل **وجه** ظاهر الرواية ان المعقود عليه في الفصلين جميعا اعني
الطلاق والردة يعود سليما الى المراة كما كان الا ان الطلاق قبل الدخول
طلاق من وجه وفسخ من وجه فاوجب عود نصف البدل والردة والتقبيل
كل واحد منهما فسخ من كل وجه فيوجب عود الكل الى الزوج هذا كله اذا
حدثت الزيادة قبل الطلاق فاما اذا حدثت بعد الطلاق بان طلقها
ثم حدثت الزيادة فلا يخلو اما ان حدثت بعد القضا بالنصف للزوج
واما ان حدثت قبل القضا وكل ذلك قبل القبض او بعده فان حدثت قبل
القبض فالاصل والزيادة بينهما نصفان سوا وجد القضا او لم يوجد لانه
لما وجد الطلاق عاد نصف المهر الى الزوج بنفس الطلاق وصار بينهما نصفين
والزيادة حدثت على ملكيهما فتكون بينهما وان حدثت بعد القبض فان كان بعد
القضا بالنصف للزوج فكذلك الجواب لانه لما قضى به فقد عاد نصف المهر الى
الزوج فحصلت الزيادة على الملكين فكانت بينهما وان كان قبل القضا بالنصف
للزوج فالمهر في يدها كالمقبوض بعقد فاسد لان الملك كان لها وقد فسد ملكها
في النصف بالطلاق حتى لو كان المهر عبدا فاعتقته بعد الطلاق قبل القضا
بالنصف للزوج جاز اعتاقها ولو اعتقه الزوج لا ينفذ وان قضى القاضي له بعد
ذلك كالبايع اذا اعتق العبد المبيع بيعا فاسدا انه لا ينفذ عتقه وان رد عليه

بعد

بعد ذلك كذا ها هنا هذا الذي ذكرنا حكم الزيادة **واما حكم النقصان**
فحدوث النقصان في المهر لا يخلو اما ان يكون في يد الزوج واما ان يكون في يد
المراة فان كان في يد الزوج فلا يخلو من خمسة اوجه اما ان يكون بفعل اجنبي
واما ان يكون بآفة سماوية واما ان يكون بفعل الزوج واما ان يكون بفعل المهر
واما ان يكون بفعل المراة وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون قبل قبض المهر او بعده
والنقصان فاحش او غير فاحش فان كان النقصان بفعل اجنبي وهو فاحش قبل
القبض فالمراة بالخيار ان شاءت اخذت العبد الناقص واتبعت الجاني بالارش
فان شاءت تركت واخذت من الزوج قيمة العبد يوم العقد ثم يرجع الزوج
على الاجنبي بضمان النقصان وهو الارش اما ثبوت الخيار فلان المعقود عليه
وهو المهر قد تغير قبل القبض لانه صار بعضه قيمة وتغير المعقود عليه قبل القبض
يوجب الخيار كتغير المبيع قبل القبض فان اختارت اخذ العبد اتبعت الجاني بالارش
لانه ملك العين باداء الضمان فقام مقام المراة فكان الارش له وليس لها ان
تاخذ العبد ناقصا ويضمن الزوج الارش لانها لما اختارت اخذه فقد ابرات
الزوج من ضمانه وان كان النقصان بآفة سماوية فالمراة بالخيار ان شاءت اخذته
ناقصا ولا شي لها غير ذلك وان شاءت تركته واخذت قيمته يوم العقد لان المهر
مضمون على الزوج بالعقد والاوصاف لا تضمن بالعقد لعدم ورود العقد عليها
مقصودا فلا يظهر الضمان في حقها وانما يظهر في حق الاصل لورود العقد عليه
وانما ثبت لها الخيار لتغير المعقود عليه وهو المهر عما كان وهذا يثبت الخيار
كالمبيع اذا انتقص في يد البايع انه يتخير المشتري فيه كذا هذا وان كان النقصان
بفعل الزوج ذكر في ظاهر الرواية ان المراة بالخيار ان شاءت اخذته ناقصا
واخذت معه ارش النقصان وان شاءت اخذت قيمته يوم العقد كذا ذكر
في ظاهر الرواية وفرق بين هذا وبين البايع اذا جنى على المبيع قبل القبض وروي
عن ابي حنيفة ان الزوج اذا جنى على المهر فهي بالخيار ان شاءت اخذته ناقصا
ولا شي لها غير ذلك وان شاءت اخذت القيمة وسوى بينه وبين المبيع **وجه**
التسوية بينهما ان المهر مضمون على الزوج بالنكاح لم يستقر ملكها فيه كالمبيع في
يد البايع ثم الحكم في البيع هذا كذا في النكاح **وجه** الفرق في ظاهر الرواية
ان الاوصاف وهي الاتباع ان كانت لا تضمن بالعقد فانها تضمن بالاتلاف لانها
تصير مقصودة بالاتلاف فتصير مضمونة الا ان المبيع لا يمكن جعله مضمونا
بالقيمة لانه مضمون بضمان اخر وهو الثمن والمحل الواحد لا يكون مضمونا بضمانين
والمهر غير مضمون على الزوج بملك النكاح بل بالقيمة الا ترى انه لو اتلف المهر
لا يبطل ملك النكاح ولكن تجب عليه القيمة فكذا اذا اتلف الجزء وان كان النقصان

وذكر ابو يوسف صح

ط عاد بالشبهين م

بفعل المهر بان جنى المهر على نفسه ففيه روايتان في رواية حكم هذا النقصان ما هو
حكم النقصان بآفة سماوية لان جناية الانسان على نفسه هدر فالتحقت بالعدم
فكانت كالآفة السماوية وفي رواية حكمه حكم جناية الزوج لان المهر مضمون
في يد الضامن وهو الزوج وجناية المضمون في يد الضامن كجناية الضامن كالعبد
المغصوب اذا جنى على نفسه في يد الغاصب ۝ وان كان النقصان بفعل المراة فقد
صارت قابضة بالجناية لحصول النقصان حصل في يدها كالمشتري اذا جنى
على المبيع في يد البائع انه يصير قابضا اياه كذا هاهنا ۝ هذا اذا كان النقصان
فاحشا فاما اذا كان يسيرا فلا خيار لها كما اذا كان هذا العيب يوم العقد ثم ان كان
هذا النقصان بآفة سماوية او بفعل المهر او بفعل المراة فلا شيء لها وان كان بفعل
الاجنبي يتبعه بنصف النقصان وكذا ان كان بفعل الزوج هذا اذا حدث بها
النقصان في يد الزوج فاما اذا حدث في يد المراة فهذا ايضا لا يخلو عن الاقسام
التي وصفناها فان حدث بفعل اجنبي وهو فاحش قبل الطلاق فلا ارش لها فان
طلقها الزوج ~~فان طلقها الزوج~~ فله نصف القيمة يوم قبضت ولا سبيل له على العين
لان الارش بمنزلة الولد فيمنع التنصيف كالولد وان كانت جناية الاجنبي عليه
بعد الطلاق فللزوج نصف العين وهو بالخيار في الارش ان شاء اخذ نصفه من
المراة واعتبرت القيمة يوم القبض وان شاء اتبع الجاني واخذ منه نصفه لان حق
الفسخ وعود النصف اليه استقر بالطلاق وتوقف على قضا القاضي او التراضي
فصار في يدها كالمقبوض ببيع فاسد فصار مضمونا عليها وكذلك ان حدث بفعل
الزوج فجنايته كجناية الاجنبي لانه جنى على ملك غيره ولا يد له فيه فصار كالاجنبي
والحكم في الاجنبي ما وصفنا وان حدث بآفة سماوية قبل الطلاق فالزوج
بالخيار ان شاء اخذ نصفه ناقصا ولا شيء له غيره ذلك وان شاء اخذ نصف القيمة
يوم القبض لان حقه فيها عند الفسخ كحقه فيها عند العقد ولو حدث نقصان
في يده بآفة سماوية كان لها الخيار بين ان تاخذه ناقصا او قيمته فكذا حق الزوج
فيها وان كان بعد الطلاق فللزوج ان ياخذ نصفه ونصف الارش لما ذكرنا ذلك صح عند الفسخ صح
انه بعد الطلاق بقي في يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد لان الملك لها وحق الغير
في الفسخ مستقر فصار كالمقبوض ببيع فاسد وان شاء اخذ بقيمته يوم قبضت ۝
وكذلك ان حدث بفعل المراة فالزوج بالخيار ان شاء اخذ نصفه ولا شيء له من
الارش وان شاء اخذ نصف قيمته عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر للزوج ان
يضمنها الارش **وجه** قوله ان المهر مضمون عليها بالقبض والاوصاف وهي الاتباع
تضمن بالقبض ولا تضمن بالعقد وكذلك يقول زفر في النقصان الحادث بغير فعلها
لما ذكرنا **ولنا** ان المراة جنت على ملك نفسها وجناية الانسان على نفسه غير ملك صح

مضمون

مضمون عليه بخلاف ما اذا حدث بفعل الزوج على الرواية المشهورة لان الزوج
جنى على ملك غيره وجناية الانسان على ملك غيره مضمونة عليه وقد خرج الجواب
عما قاله زفر لان قبضها صادف ملك نفسها وقبض الانسان ملك نفسه لا يوجب
الضمان عليه وان كان ذلك بعد الطلاق فعليها نصف الارش لما ذكرنا ان حق
الفسخ قد استقر وكذلك ان حدث بفعل المهر فالزوج بالخيار على الروايتين جميعا
ان شاء اخذ نصفه ناقصا وان شاء اخذ نصف القيمة لانا ان جعلنا جناية المهر كالا فة
السماوية لم تكن مضمونة وان جعلناها كجناية المراة لم تكن مضمونة ايضا فلم تكن
مضمونة على الروايتين هذا اذا كان النقصان فاحشا اما اذا كان غير فاحش
فان كان بفعل الاجنبي او بفعل الزوج لا يتنصف لان الارش يمنع التنصيف وان
كان بآفة سماوية او بفعلها او بفعل المهر اخذ النصف ولا خيار له **واما النوع**
الثاني وهو ما يسقط به نصف المهر معنى وهو كل صورة فهو كل طلاق تجب فيه
المتعة فيقع الكلام في مواضع في بيان الطلاق الذي تجب فيه المتعة والذي تستحب
فيه وفي تفسير المتعة وفي بيان من تعتبر المتعة بحاله **اما الاول** فالطلاق
الذي تجب فيه المتعة نوعان احدهما ان يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية
فيه ولا فرض بعده او كانت التسمية فيه فاسدة وهو قول عامة العلماء وقال
الامام مالك لا تجب المتعة ولكن تستحب فمالك لا يرى وجوب المتعة اصلا واحتج
بان الله تعالى خص المتعة بالمتقي بقوله تعالى حقا على المتقين حقا على المحسنين والمحسن صح
والواجب لا يختلف فيه المحسن والمتقي وغيرهما فدل انها ليست بواجبة
ولنا قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن
فريضة ومتعوهن ومطلق الامر لوجوب العمل والمراد من قوله او تفرضوا اي
ولم تفرضوا الا ترى انه عطف عليه قوله وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد
فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ولو كان الاول بمعنى ما لم تمسوهن وقد فرضوا
لهن او لم يفرضوا لما عطف عليه المفروض وقد تكون او بمعنى ولا تطع منهم آثما او كفورا
اي ولا كفورا وقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وعلى كلمة ايجاب
وقوله حقا على المحسنين وليس في الفاظ الايجاب كلمة اوكد من قولنا حق عليه
لان الحقيقة تقتضي الثبوت وعلى كلمة الزام واثبات فالجمع بينهما يكون تاكيدا وما
ذكره مالك كما يلزمنا يلزمه لان المندوب اليه ايضا لا يختلف فيه المتقي والمحسن
وغيرهما ثم نقول الايجاب على المحسن والمتقي لا ينفي الايجاب على غيرهما الا ترى انه
تعالى اخبر ان القران هدى للمتقين ثم لم ينف ان يكون هدى للناس كلهم كذا
هنا **والدليل** على ان المتعة هنا واجبة انها بدل الواجب وهو نصف مهر المثل
وبدل الواجب واجب لانه يقوم مقام الواجب ويحكي حكايته الا ترى ان التيمم

او بمعنى لا

كلمة على

لما كان بدلا عن الوضوء واجب كان التيمم واجبا والدليل على ان المتعة بدل عن
نصف مهر المثل ان بدل الشي ما يجب بسبب الاصل عند عدمه كالتيمم مع الوضوء
وغير ذلك والمتعة تجب بالسبب الذي وجب به مهر المثل وهو النكاح لا الطلاق
لان الطلاق مسقط للحقوق لا موجب لها لكن عند الطلاق يسقط نصف مهر المثل
فتجب المتعة بدلا عن نصفه وهذا طريق محمد رحمه الله فان الرهن بمهر المثل يكون
رهنا عنده بالمتعة حتى اذا هلك تهلك بالمتعة واما ابو يوسف فانه لا يجعله رهنا
بها حتى اذا هلك الرهن يهلك بغير شي والمتعة باقية عليه فلا يكون وجوبها بطريق
البدل عنده بل يوجبها ابتداء بظواهر النصوص التي ذكرناها او يوجبها بدلا عن
البضع بالاستدلال بنصف المسمى في نكاح فيه تسمية والثاني ان يكون قبل الدخول
في نكاح لم يسم فيه المهر وانما فرض بعده وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما
وهو قول ابي يوسف الاخير رحمه الله وكان يقول اولا يجب نصف المفروض
كما اذا كان المهر مفروضا في العقد وهو قول مالك والشافعي رحمة الله عليهما
واحتجوا بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة
فنصف ما فرضتم اوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول مطلقا من غير
فصل بينما اذا كان الفرض في العقد او بعده ولان الفرض بعد العقد كالفرض في
العقد ثم المفروض في العقد يتنصف فكذا المفروض بعده ولنا قوله تعالى يا ايها
الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الى قوله فمتعوهن
اوجب المتعة في الطلاق قبل الدخول عاما ثم خصت منه المطلقة قبل الدخول
في نكاح فيه تسمية عند وجوده فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية
فيه عند وجوده على اصل العموم وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء
الى قوله ومتعوهن اي ولم تفرضوا لهن فريضة لما ذكرنا فيما تقدم وهو منصرف
الى الفرض في العقد لان الخطاب ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الفرض
في العقد لا متراخيا عنه وبه تبين ان الفرض المذكور في قوله تعالى وان طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة منصرف الى المفروض بالعقد فيتنصف
بالطلاق قبل الدخول ولان مهر المثل قد وجب بنفس العقد لما ذكرنا فيما تقدم
فكان الفرض بعده تقديرا لما وجب بالعقد وهو مهر المثل ومهر المثل يسقط
بالطلاق قبل الدخول وتجب المتعة فكذا ما هو بيان وتقدير له اذ هو تقدير
لذلك الواجب واما الذي تستحب فيه المتعة فهو الطلاق بعد الدخول والطلاق
قبل الدخول في نكاح فيه تسمية عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه المتعة في الطلاق
بعد الدخول واجبة واحتج بقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا
على المتقين جعل للمطلقات متاعا بلام الملك عاما الا انه خص منه المطلقة

والوضوء ص

ط وكذا الفرقة بالايلاء واللعان والجب والعنة وكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة لانها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية والمتعة عوض عنه كردة الزوج واباية الاسلام وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها لانه لا يجب بها المهر اصلا فلا تجب بها المتعة والمخيرة اذا اختارت نفسها قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فلها المتعة لان الفرقة جاءت من قبل الزوج لان البينونة حاصلة مضافة الى الابانة السابقة وهي فعل الزوج م

م الفرض في العقد لانه هو المتعارف وبه نقول ان م

قبل

قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه والمطلقة بعد الدخول على ظاهر العموم ولنا
ما ذكرنا ان المتعة وجبت بالنكاح لا عن البضع ابتداء بل لا عن نصف حصة المثل
او ابتداء فاذا استحقت المسمى او مهر المثل بعد الدخول فلو وجبت المتعة لادى
الى ان يكون للملك واحد بدلان والجمع بين البدل والاصل في حالة واحدة
وهذا ممتنع ولان المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة
بالاجماع فالمطلقة بعد الدخول اولى لان الاولى تستحق نصف المهر والثانية
تستحق الكل فاستحقاق نصف المهر لها منع من استحقاق المتعة فاستحقاق الكل
اولى واما الاية فنحمل ذكر المتاع فيها على الندب والاستحباب ونحن به نقول
انه يندب الزوج الى ذلك كما يندب الى اداء المهر على الكمال في غير المدخول بها
او نحمل على النفقة والكسوة في حال قيام العدة لان كل ذلك متاع اذ المتاع اسم
لما ينتفع به عملا بالدلائل كلها بقدر الامكان واما تفسير المتعة الواجبة
فقد قال اصحابنا انها ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة وهكذا روي عن الحسن
وسعيد بن المسيب وعطاء والشعبي وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال
ارفع المتعة الخادم وما دون ذلك الكسوة ودون ذلك النفقة وقال
الشافعي رحمه الله ثلاثون درهما للشافعي ما روي عن ابي مجلز انه قال قلت
لابن عمر رضي الله عنهما اخبرني عن المتعة واخبرني على قدري فقال اكس كذا اكس
كذا اكس كذا قال فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين درهما فدل انها مقدرة
بثلاثين درهما ولنا قوله تعالى في اية المتعة متاعا بالمعروف حقا على المحسنين
والمتاع اسم للعروض في العرف ولان لايجاب الاثواب نظيرا في اصول الشرع
وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام النكاح والعدة وادنى ما تكتسي به
المراة وتستتر عند الخروج ثلاثة اثواب ولا نظير لايجاب الثلاثين فكان
ايجاب ما له نظير اولى وقول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما دليلنا لانه امره
بالكسوة لا بدراهم مقدرة الا انه اتفق ان قيمة الكسوة بلغت ثلاثين درهما
وهذا لا يدل على ان التقدير فيها بالثلاثين ولو اعطاها قيمة الاثواب دراهم
او دنانير تجبر على القبول لان الاثواب ما وجبت لعينها بل من حيث انها مال
كالشاة في خمس من الابل في باب الزكاة واما بيان من تعتبر المتعة بحاله فقد
اختلف العلماء فيه قال بعضهم قدر المتعة تعتبر بحال الرجل في يساره واعساره
وهو قول ابي يوسف وقال بعضهم تعتبر بحال المراة في يسارها واعسارها وقال
بعضهم تعتبر بحالهما جميعا وقال بعضهم المتعة الواجبة تعتبر بحالها والمستحبة
تعتبر بحاله وجه قول من اعتبر حال الرجل قوله تعالى ومتعوهن على الموسع
قدره وعلى المقتر قدره جعل المتعة على قدر حال الرجل في يساره واعساره وجه

ط في نكاح فيه تسمية فبقيت المطلقة قبل الدخول م

م وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة الا ان يرتد او يابى الاسلام لان المتعة تجب للفضيلة والكافر ليس من اهل الفضيلة م

م فاني موسر م

م في يساره واعساره م

قول من اعتبر حالها ان المتعة بدل بضعها فتعتبر بحالها وهذا ايضًا وجه قول من يقول
المتعة الواجبة[2] بحالها وقوله المتعة المستحبة تعتبر بحاله لا معنى له لان التقدير
في الواجب لان المستحب **وجه** قول من اعتبر حالهما ان الله تعالى اعتبر في
المتعة شيئين احدهما حال الرجل في يساره واعساره بقوله على الموسع قدره وعلى
المقتر قدره والثاني ان يكون مع ذلك بالمعروف بقوله متاعا بالمعروف فلو
اعتبرنا فيها حال الرجل دون حالها عسى لا يكون بالمعروف لانه يقتضي انه لو تزوج
رجل امراتين احداهما شريفة والاخرى مولاة دنية ثم طلقهما قبل الدخول بهما
ولم يسم لهما ان يستويا في المتعة باعتبار حال الرجل وهذا منكر في عادات الناس
لا معروف فيكون خلاف النص ثم المتعة الواجبة[2] لا تزيد عليه لان الحق عند
التسمية اكد واثبت منه عند عدم التسمية لان الله تعالى اوجب المتعة على قدر
احتمال ملك الزوج بقوله على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فاوجب نصف
المسمى مطلقا احتمله وسع الزوج وملكه اولا وكذا في وجوب كمال مهر المثل
في السقوط ووجوب المتعة في نكاح لا تسمية فيه[2] اختلاف بين العلما ولا اختلاف في
وجوب كمال المسمى من ذلك في نكاح فيه تسمية فدل ان الحق اوكد واثبت عند التسمية
ثم لا يزاد هناك على نصف المسمى فلان لا يزاد هنا على نصف مهر المثل اولى ولان
المتعة بدل عن نصف مهر المثل ولا يزاد البدل على الاصل ولا ينتقص من خمسة
دراهم لانها تجب على طريق العوض واقل عوض يثبت في النكاح نصف العشرة والله
اعلم **فصل** واما حكم اختلاف الزوجين في المهر فجملة الكلام فيه
ان الاختلاف في المهر اما ان يكون في حال حياة الزوجين واما ان يكون بعد موت
احدهما بين الحي منهما وورثة الميت واما ان يكون بعد موتهما بين ورثتهما فان كان
في حال حياة الزوجين فاما ان كان قبل الطلاق واما ان كان بعده فان كان
قبل الطلاق فان كان الاختلاف في اصل التسمية يجب مهر المثل لان الموجب الاصلي
في باب النكاح هو مهر المثل لانه قيمة البضع وقيمة الشي مثله من كل وجه فكان
هو العدل وانما التسمية تقديرا لمهر المثل فاذا لم تثبت التسمية لوقوع الاختلاف
فيها وجب المصير الى الموجب الاصلي وان كان الاختلاف في قدر المسمى او
جنسه او نوعه او صفته فالمهر لا يخلو اما ان يكون دينا[2] فاما ان كان من
الاثمان المطلقة وهي الدراهم والدنانير واما ان كان من المكيلات والموزونات
والمذروعات الموصوفة في الذمة فان كان من الاثمان المطلقة فاختلفا في قدره
بان قال الزوج تزوجتك على الف درهم وقالت المراة تزوجتني على الفين او قال
الزوج تزوجتك على مائة دينار وقالت المراة على مائتي دينار تحالفا فيبدا بيمين
الزوج فان نكل اعطاها الفين وان حلف تحلف المراة فان نكلت اخذت الفا
ولان

٢ تعتبر ص

٢ لا تزاد على نصف مهر المثل لانه هو نهاية المتعة ص

٢ فيه

٢ واما ان يكون عينا فاذا كان دينا ص

وان حلفت يحكم مهر مثلها فان كان مهر مثلها مثل ما قالت او اكثر فلها ما قالت وان
كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج او اقل فلها ما قال وان كان مهر مثلها اقل مما قالت
واكثر مما قال فلها مهر مثلها وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتحالفا
والقول قول الزوج في هذا كله الا ان ياتي بشي مستنكر جدا فالحاصل ان ابا حنيفة
ومحمدا يحكمان مهر المثل ويبنيان الامر عليه وابو يوسف لا يحكمه بل يجعل القول
قول الزوج مع يمينه الا ان ياتي بشي مستنكر وقد اختلف في تفسير المستنكر
قيل هو ان يدعي انه تزوجها على اقل من عشرة دراهم وهذا التفسير مروي
عن ابي يوسف رحمه الله لان هذا القدر مستنكر شرعا اذ لا مهر في الشرع
اقل من عشرة وقيل هو ان يدعي انه تزوجها على ما لم يتزوج مثلها به عادة
وهذا محكي عن ابي الحسن لان ذلك مستنكر عرفا وهو الصحيح من التفسير لانهما
اختلفا في مقدار المهر المسمى وذلك اتفاق بينهما على اصل المهر المسمى وما دون
العشرة لم يعرف مهرا في الشرع اصلا بلا خلاف بين اصحابنا وقد روي عن
ابي يوسف في المنتقى اذا اختلفا في مقدار الثمن والسلعة هالكة ان القول
قول المشتري ما لم يات بشي مستنكر **وجه** قول ابي يوسف ان القول قول المنكر
في الشرع والمنكر هو الزوج لان المراة تدعي عليه زيادة مهر وهو منكر ذلك فكان
القول قوله مع يمينه كما في سائر المواضع والدليل عليه ان العاقدين في باب الاجارة
اذا اختلفا في مقدار المسمى لا يحكم اجرة المثل بل يكون القول قول المستاجر مع
يمينه لما قلنا كذا هذا ولهما ان القول في الشرع والعقل قول من يشهد له الظاهر
والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل لان الناس في العادات الجارية يقدرون
المسمى بمهر المثل ويبنون عليه لا يرضى الزوج بالزيادة عليه والمراة واولياؤها
لا يرضون بالنقصان عنه فكانت التسمية تقديرا لمهر المثل وبناء عليه فكان
الظاهر شاهدا لمن يشهد له مهر المثل فيحكم مهر المثل وان كان الفين فلها ذلك
لان الظاهر شاهد لها وان كان اكثر من الفين لا يزاد عليه لانها رضيت بالنقصان
وان كان مهر مثلها الفا فلها الف لان الظاهر شاهد للزوج وان كان اقل من ذلك
لا ينتقص عن الف لان الزوج رضي بالزيادة وان كان مهر مثلها اكثر مما قال[2] فلها
مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي وانما التسمية تقدير له لما قلنا فلا يعدل عنه الا
عند ثبوت التسمية وصحتها فاذا لم يثبت لوقوع الاختلاف وجب الرجوع الى
الموجب الاصلي وتحكيمه وانما يتحالفان لان كل واحد منهما مدع من وجه ومنكر
من وجه اما الزوج فلان المراة تدعي عليه زيادة الف وهو منكر واما
المراة فلان الزوج يدعي عليها وجوب تسليم النفس عند تسليم الالف اليها وهي تنكر
فكان كل واحد منهما مدعيا من وجه منكرا من وجه فيتحالفان لقوله صلى الله عليه

٢ واقل مما قالت ص

واسبق انكارا م

وسلم واليمين على من انكر ويبدا بيمين الزوج لانه اشد انكارا من المراة لانه منكر
قبل تسليم النفس وبعده ولا انكار من المراة بعد تسليم النفس وقبل التسليم هو
اسبق انكارا لان المراة تقبض المهر اولا ثم تسلم نفسها وتطالبه باداء المهر اولا وهو
ينكر فكان هو اسبق انكارا فكان البداية بالتحليف منه اولى كما قلنا في اختلاف
المتبايعين ذكر الكرخي التحالف في هذه الفصول الثلاثة وانكر الجصاص التحالف
الا في فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد مهر المثل بدعواهما بان كان مهر مثلها اكثر
مما قال الزوج واقل مما قالت المراة وكذا في الجامع الصغير لم يذكر التحالف الا في
هذا الفصل ووجهه ان الحاجة الى التحالف فيما لا شهادة للظاهر فيه فاذا كان مهر
المثل مثل ما يدعي احدهما كان الظاهر شاهدا له فلا حاجة الى التحالف والظاهر
لا يشهد لاحدهما في الفصل الثالث فتقع الحاجة الى التحالف **وجه** ما ذكره
الكرخي ان مهر المثل لا يثبت الا بعد سقوط اعتبار التسمية والتسمية لا يسقط اعتبارها
الا بالتحالف لان الظاهر لا يكون حجة على الغير فتقع الحاجة الى التحالف ه ثم اذا
وجب التحالف ويبدا بيمين الزوج فان نكل يقضى عليه بالفين ~~ويبدا بيمين الزوج~~
~~فان نكل يقضى عليه باليمين~~ لان النكول حجة يقضى بها في باب الاموال بلا خلاف
بين اصحابنا ولا خيار للزوج وهو ان يعطيها مكان الدراهم دنانير لان تسمية
الالفين قد ثبتت بالنكول لانه بمنزلة الاقرار ومن شان المسمى ان لا يكون
للزوج العدول عنه الى غيره الا برضى المراة وان حلف تحلف المراة فان نكلت
لم يقض على الزوج الا بالف ولا خيار له لما قلنا في نكول الزوج وان حلفت يحكم
مهر مثلها فان كان مهر مثلها الفا قضى لها على الزوج ولا خيار له لان تسمية الالف — م بالف صح
قد ثبتت بتصادقهما فيمنع الخيار وان كان مهر مثلها الفين قضى لها بالفين وله الخيار
في احد الالفين دون الاخر لثبوت تسمية احد الالفين بتصادقهما دون الاخر
وان كان مهر مثلها الفا وخمسماية قضى لها بالف وخمسماية ولا خيار له في قدر
الالف لثبوت تسمية الالف بتصادقهما وله الخيار في قدر الخمسماية لانه لم تثبت
تسمية هذا القدر فكان سبيلها سبيل مهر المثل فكان له الخيار فيها ولا يفسخ
العقد بعد التحالف في قول عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى يفسخ كما في البيع لان كل
واحد منهما عقد لا يجوز بغير بدل **ولنا** الفرق بين البيع والنكاح وهو انه
لما سقط اعتبار التسمية في باب البيع يبقى البيع بلا ثمن والبيع بلا ثمن بيع فاسد
والبيع الفاسد واجب الرفع دفعا للفساد وذلك بالفسخ بخلاف النكاح لان
ترك التسمية اصلا في النكاح لا يوجب فساده فسقوط اعتبارها بجهالة المسمى
بالتعارض اولى فلا حاجة الى الفسخ وهو الفرق والله اعلم ه هذا كله اذا لم
يقم لاحدهما بينة فاما اذا اقامت لاحدهما بينة فانه يقضى ببينته لانها قامت

على امر

على امر جايز الوجود ولا معارض لها فيقبل ولا يحكم مهر المثل لان تحكيمه ضروري
ولا ضرورة عند قيام البينة ولا خيار للزوج لان التسمية تثبت بالبينة
وانها تمنع الخيار وان اقاما جميعا البينة فان كان مهر مثلها الف درهم يقضى ببينتها — ببينتها
لانها توجب زيادة الف فكانت بينتها مظهرة وبينة الزوج لم تظهر شيا لانها قامت
على الف والالف كان ظاهرا بتصادقهما او نقول بينة المراة اكثر اظهارا فكان القضا
بها اولى ولا خيار للزوج في الالفين لان تسمية احد الالفين تثبت بتصادقهما وتسمية
الاخر تثبت بالبينة والتسمية تمنع الخيار وان كان مهر مثلها الفين فقد اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم يقضى ببينتها ايضا لانها تظهر زيادة الف لم تكن ظاهرة بتصا — دقهما
وان كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل لكن هذا الظاهر لا يكون حجة على الغير الا
ترى انه لا يقضى به بدون اليمين او البينة وتصادقهما حجة بنفسه فكانت بينتها
هي المظهرة او كانت اكثر اظهارا وبينة الزوج ليست بمظهرة لان الالف كان
ظاهرا بتصادقهما وهي اقل اظهارا فكان القضا ببينتها اولى وقال بعضهم يقضى
ببينة الزوج لان بينته تظهر حط الالف عن مهر المثل وذلك الالف لثبوت الالفين
بشهادة مهر المثل فيظهر حط الالف عن مهر المثل بشهادته وبينتها لا تظهر شيا
لان احد الالفين كان ظاهرا بتصادقهما والاخر كان ظاهرا بشهادة مهر المثل
او يظهر صفة التعيين للالفين لان الثابت بشهادة مهر المثل الفان يتخير
الزوج في احدهما وبالبينة تظهر صفة التعيين لهما وبينته مظهرة للاصل فكان
القضا ببينته اولى وان كان مهر مثلها الفا وخمسماية بطلت البينتان للتعارض
لان مهر المثل لا يشهد لاحدهما فكانت كل واحدة منهما مظهرة وليس القضا
باحدهما اولى من الاخرى فبطلتا فبقي الحكم لمهر المثل ولا خيار له في قدر الالف
لان البينتين التحقتا بالعدم للتعارض فبقي هذا القدر مسمى بتصادقهما وله
الخيار في قدر الخمسماية لثبوته على وجه مهر المثل وكذلك ان كان دينا موصوفا
في الذمة بان تزوجها على مكيل موصوف او موزون موصوف او مذروع فاختلفا — موصوف م
في قدر الكيل والوزن والذرع فالاختلاف فيه كالاختلاف في الدراهم — م قدر صح
والدنانير انهما يتحالفان ويحكم مهر المثل في قول ابي حنيفة ومحمد لان القدر في
المكيل والموزون معقود عليه وكذا من المذروع اذا كان جاريا مجرى الصفة — ط في الذمة وان لم يكن معقودا عليه بل كان م
اذا كان عينا لان ما في الذمة غايب مذكور يختلف اصله باختلاف وصفه
فجرى الوصف فيما في الذمة مجرى الاصل فلهذا كان الاختلاف في صفة المسلم
فيه موجبا للتحالف فكان اختلافهما في الوصف بمنزلة اختلافهما في الاصل وذلك
يوجب التحالف كذا هذا وعند ابي يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع
يمينه وان كان الاختلاف في جنس المسمى بان قال الزوج تزوجتك على عبد

فقالت على جارية او قال الزوج تزوجتك على كر شعير فقالت كر حنطة او على ثياب
هروية او قال على الف درهم فقالت على مائة دينار او في نوعه كالتركي مع الرومي
والدنانير المصرية مع الصورية او في صفته من الجودة والرداءة فالاختلاف
فيه كالاختلاف في العينين الا الدراهم والدنانير فان الاختلاف فيهما كالاختلاف
في الالف والالفين وانما كان كذلك لان كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين
لا تملك الا بالتراضي بخلاف الدراهم والدنانير فانهما وان كانا جنسين مختلفين
لان مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فجاز ان يستحق المائة دينار
من غير تراض بخلاف العبد لان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلم يجز ان تملك
من غير تراض فيقضى بقدر قيمته هذا اذا كان المهر دينا فاما اذا كان عينا
فان اختلفا في قدره فان كان مما يتعلق العقد بقدره بان تزوجها على طعام
بعينه فاختلفا في قدره فقال الزوج تزوجتك على هذا الطعام بشرط انه كر
وقالت المرأة تزوجتني عليه بشرط انه كران فهو مثل الاختلاف في الالف
والالفين وان كان مما لا يتعلق العقد بقدره بان تزوجها على ثوب بعينه كل
ذراع منه يساوي عشرة دراهم فاختلفا فقال الزوج تزوجتك على هذا
الثوب بشرط انه ثمانية اذرع فقالت المرأة بشرط انه عشرة اذرع لا يتحالفان
ولا يحكم مهر المثل والقول قول الزوج بالاجماع ووجه الفرق بين الطعام
والثوب ان القدر في باب الطعام معقود عليه حقيقة وشرعا اما الحقيقة
فلانه عين وذات حقيقة واما الشرع فانه اذا اشترى طعاما على انه عشرة
اقفزة فوجده احد عشر لا يطيب له الفضل والاختلاف في المعقود عليه يوجب
التحالف فاما القدر في باب الثوب وان كان من اجزاء الثوب حقيقة لكنه جار
مجرى الوصف وهو صفة الجودة شرعا لانه يوجب صفة الجودة لغيره من
الاجزاء الا ترى ان من اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر
طاب له الفضل والاختلاف في صفة المعقود عليه اذا كان عينا لا يوجب التحالف
كما اذا اختلفا في صفة الجودة والاصل ان ما يوجب فوات بعضه نقصانا في
الباقي فهو جاري مجرى الصفة وما لا يوجب فوات بعضه نقصانا في الباقي
لا يكون جاريا مجرى الصفة وان اختلفا في جنسه كالعبد والجارية بان قال
الزوج تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية فهو مثل الاختلاف
في الالف والالفين الا في فصل واحد وهو ما اذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية
او اكثر فلها قيمة الجارية لا عينها لان تمليك الجارية لا يكون الا بالتراضي ولم يتفقا
على تمليكها فلم يوجد الرضى من صاحب الجارية بتمليكها فتعذر التسليم ويقضى
بقيمتها بخلاف ما اذا اختلفا في الدراهم والدنانير فقال الزوج تزوجتك على

الف درهم

على ط
لكنهما في باب مهر المثل جنس واحد ص
في العبد م
ط وعينه م

الف درهم وقالت المرأة على مائة دينار ان الاختلاف فيه كالاختلاف في الالف
والالفين على معنى ان مهر مثلها ان كان مثل مائة دينار او اكثر فلها المائة دينار
لما مر ان مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير ولا يشترط فيه التراضي
بخلاف العبد فان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلا يجوز ان يملك من غير مراضاة
ولا يكون لها اكثر من قيمتها وان كان مهر مثلها اكثر من قيمتها لانها رضيت بهذا
القدر وما كان القول فيه قول الزوج فكذلك فاختلفا في قدر قيمته فالقول فيه
قول الزوج ايضا لان المسمى مجمع عليه فكانت القيمة دينا عليه والاختلاف اذا
وقع في قدر الدين فالقول قول المديون كما في سائر الديون هذا كله اذا اختلفا
قبل الطلاق ولو اختلفا بعد الطلاق فان كان بعد الدخول او قبل الدخول
بعد الخلوة فالجواب في الفصول كلها كما لو اختلفا في حال قيام النكاح لان
الطلاق بعد الدخول او قبل الدخول بعد الخلوة مما لا يوجب سقوط مهر المثل
وان كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة فان كان المهر دينا فاختلفا في الالف
والالفين فالقول قول الزوج ويتنصف ما يقول الزوج كذا ذكر في كتاب النكاح
والطلاق ولم يذكر الاختلاف وكذا ذكر الطحاوي انه يتنصف ما يقول الزوج
ولم يذكر الخلاف وذكر الكرخي وحكى الاجماع وقال لها نصف الالف في قولهم
وذكر محمد رحمه الله في الجامع وقال ينبغي ان يكون القول قول المرأة الى متعة
مثلها والقول قول الزوج في الزيادة على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ووجهه ان المسمى لم يثبت لوقوع الاختلاف فيه والطلاق قبل الدخول في نكاح
لا تسمية فيه يوجب المتعة ويحكم متعة مثلها لان المرأة ترضى بذلك والزوج لا
يرضى بالزيادة فكان القول قوله في الزيادة والصحيح هو الاول لانه لا سبيل
الى تحكيم مهر المثل ها هنا لان مهر المثل لا يثبت في الطلاق قبل الدخول فتعذر
تحكيمه فوجب اثبات المتيقن وهو نصف الالف ومتعة مثلها لا تبلغ ذلك عادة فلا
معنى لتحكيم المتعة مع اقرار الزوج بالزيادة وقيل لا خلاف بين الروايتين في الحقيقة
وانما اختلف الجواب لاختلاف وضع المسألة فوضع المسألة في كتاب النكاح في الالف
والالفين فلا وجه لتحكيم المتعة لان الزوج اقر لها بخمسمائة وهي تزيد على متعة
مثلها عادة فقد اقر الزوج لها بمتعة مثلها وزيادة فكان لها ذلك ووضعها
في الجامع الكبير في العشرة والمائة بان قال الزوج تزوجتك على عشرة دراهم وقالت
المرأة تزوجتني على مائة درهم ومتعة مثلها عشرون ففي هذه الصورة يكون الزوج مقرا
لها بخمسة دراهم وذلك اقل من متعة مثلها عادة فكان لها متعة مثلها وان كان المهر
عينا كما في مسألة العبد والجارية فلها المتعة الا ان يرضى الزوج ان يأخذ نصف
الجارية لان نصف الالف هناك ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الالف فكان القضاء

كالجواب م
بخلاف ما اذا اختلفا في الالف والالفين ص

بنصفها حكماً بالمتيقن وتملك نصف الجارية ليس بثابت بيقين لانهما لم يتفقا على تسمية احدهما
ولا يمكن القضاء بنصف الاقل الا باختيارهما فاذا لم يوجد سقط البدل فوجب الرجوع (الجارية)
الى المتعة هذا اذا كان الاختلاف في حال حياة الزوجين فان كان في حال حياة احدهما
بعد موت الآخر بينه وبين ورثة الآخر فكذلك الجواب ان القول قول المرأة الى تمام
مهر مثلها ان كانت حية وقول ورثتها ان كانت ميتة والقول قول الزوج وورثته
في الزيادة عندهما وعند ابي يوسف القول قول ورثة الزوج الا ان يأتوا بشيء مستنكر
وان كان الاختلاف بين ورثة الزوجين فان اختلفوا في اصل التسمية وكونها فقد قال
ابو حنيفة رحمه الله لا اقضي بشيء حتى تقوم البينة على اصل التسمية وعندهما يقضى بمهر
المثل كما في حال الحياة **وجه** قولهما ان التسمية اذا لم تثبت لاختلافهما وجب
مهر المثل بالعقد فيبقى بعد موتهما كالمسمى فصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهراً
ثم ماتا وجواب ابي حنيفة رحمه الله هناك انه لا يقضي بشيء حتى تقوم البينة
على التسمية واما قولهما ان مهر المثل يجب بالعقد عند عدم التسمية فالجواب
عنه من وجهين احدهما انه وجب لكنه لم يبق اذ المهر لا يبقى بعد موت الزوجين
عادة وهذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله بل الظاهر هو الاستيفاء او الابراء (في المسئلة ص)
هذا هو العادة فيما بين الناس ولا يثبت البقاء الا ببينة والثاني ان سلمنا انه بقي
لكنه تعذر القضاء به لان موضوع المسئلة عند التقادم وعند التقادم لا يدرى ما
حالها ومهر المثل يقدر بحالها فيتعذر التقدير على ان اعتبار مهرها بمهر مثل نساء
عشيرتها فاذا ماتا وماتت نساء عشيرتها فلا يمكن التقدير ولو اختلفت الورثة (فالظاهر ص) (ط وجه قول ابي حنيفة في هذه المسئلة مشكل ص)
في قدر المهر فالقول قول ورثة الزوج في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف القول
قول ورثة الزوج الا ان يأتوا بشيء مستنكر جدا وعند محمد القول قول ورثة المرأة
الى قدر مهر مثلها كما في حال الحياة ولو بعث الزوج الى امرأته شيئا فاختلفا فقالت
المرأة هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قول الزوج الا في الطعام الذي
يؤكل فان الزوج هو المملك فكان اعرف بجهة تمليكه فكان القول قوله الا فيما
يكذبه الظاهر وهو الطعام الذي يؤكل لانه لا يبعث مهرا عادة والله الموفق

فصل ومما يتصل بهذا اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما
وجملة الكلام فيه ان الاختلاف في متاع البيت اما ان يكون بين الزوجين في
حال حياتهما واما ان يكون ورثتهما بعد وفاتهما واما ان يكون في حال حياة احدهما (بين ص)
وموت الآخر فان كان في حال حياتهما فاما ان يكون في حال قيام النكاح واما ان
يكون بعد زواله بالطلاق فان كان في حال قيام النكاح فما يصلح للرجال كالعمامة
والقلنسوة والسلاح وغير ذلك فالقول فيه قول الزوج لان الظاهر شاهد له وما
يصلح للنساء كالخمار والملحفة والمغزل ونحوها فالقول فيه قول المرأة لان الظاهر

شاهد

~~شاهد له وما يصلح للنساء كالخمار والملحفة والمغزل ونحوها فالقول فيه قول المرأة~~
~~لان الظاهر شاهد لها~~ وما يصلح لهما جميعا كالدراهم والدنانير والعروض والبسط
والحبوب فالقول فيه قول الزوج وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف (ونحوها ص)
القول قول المرأة الى قدر جهاز مثلها في الكل والقول قول الزوج في الباقي وقال
زفر في قول المشكل بينهما نصفان وفي قول آخر وهو قول مالك والشافعي رضي الله
عنهما الكل بينهما نصفان وقال ابن ابي ليلى القول قول الزوج في الكل الا في ثياب
بدن المرأة وقال الحسن القول قول المرأة في الكل الا في ثياب بدن الزوج **وجه**
قول الحسن ان يد المرأة على ما في داخل البيت اظهر منه من يد الرجل فكان
الظاهر شاهدا لها الا في ثياب بدن الرجل لان الظاهر يكذبها في ذلك ويصدق
الزوج **وجه** قول ابن ابي ليلى ان الزوج اخص بالتصرف في ما في البيت
فكان الظاهر شاهدا له الا في ثياب بدنها فان الظاهر يصدقها في ذلك ويكذب (الظاهر)
الرجل **وجه** قول زفر ان يد كل واحد من الزوجين اذا كانا حرين ثابتة
على ما في البيت فكان الكل بينهما نصفين وهو قياس قوله الا انه خص المشكل بذلك
في قول لان الظاهر يشهد لاحدهما في غير المشكل ولا يشهد لاحدهما في المشكل
وجه قول ابي يوسف ان الظاهر يشهد للمرأة الى قدر جهاز مثلها لان
المرأة لا تخلو عن الجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها في هذا القدر فكان
القول في هذا القدر قولها والظاهر يشهد للزوج في الباقي فكان القول قوله
في الباقي **وجه** قولهما ان يد الزوج على ما في البيت اقوى من يد المرأة لان يده
يد متصرفة ويدها يد حافظة ويد التصرف اقوى من يد الحفظ كاثنين تنازعا
في دابة واحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها ان الراكب اولى الا ان فيما
يصلح لها عارض هذا الظاهر ما هو اظهر منه فسقط اعتباره وان اختلفا بعد
ما طلقها ثلاثا او بائنا فالقول قول الزوج لانها صارت اجنبية بالطلاق
فزالت يدها والتحقت بسائر الاجانب هذا اذا اختلف الزوجان قبل الطلاق
او بعده اما اذا ماتا فاختلفت ورثتهما فالقول قول ورثة الزوج في قول ابي
حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف القول قول ورثة المرأة الى قدر جهاز مثلها
وقول ورثة الزوج في الباقي لان الوارث يقوم مقام المورث فصار كان
المورثين اختلفا بانفسهما وهما حيان وان مات احدهما فاختلف الحي منهما
وورثة الميت فان كان الميت هو المرأة فالقول قول الزوج عند ابي حنيفة
ومحمد لانها لو كانت حية لكان القول قوله فبعد الموت اولى وعند ابي يوسف
القول قول ورثتها الى قدر جهاز مثلها وان كان الميت هو الزوج فالقول قولها
عند ابي حنيفة في المشكل وعند ابي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد فالقول

قول ورثة الزوج وجه قولهما ظاهر لان الوارث قايم مقام المورث ولابي
حنيفة رحمه الله ان المتاع كان في يدهما في حياتها لان الحرة من اهل الملك واليد
فينبغي ان يكون بينهما نصفين كما قال زفر الا ان يد الزوج كانت اقوى فسقطت
يدها بيد الزوج فاذا مات الزوج فقد زال المانع وظهرت يدها على المتاع
ولو طلقها في مرضه ثلاثا او باينا فمات ثم اختلفت هي وورثة الزوج فان
مات بعد انقضا العدة فالقول قول ورثة الزوج لان القول قول الزوج في
المشكل بعد الطلاق فكان القول قول ورثته بعده ايضا وان مات قبل انقضا
العدة فالقول قولها عند ابي حنيفة في المشكل وعند ابي يوسف في قدر جهاز
مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج لان العدة اذا كانت قايمة
كان النكاح قايما من وجه فصار كما لو مات الزوج قبل الطلاق وبقيت المراة
وهناك القول قولها عند ابي حنيفة في المشكل وعند ابي يوسف في قدر جهاز
مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج كذا ههنا والله اعلم هذا كله
اذا كان الزوجان حرين او مملوكين او مكاتبين فاما اذا كان احدهما حرا والاخر
مملوكا او مكاتبا فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول الحر وعندهما ان كان
المملوك محجورا فكذلك فاما اذا كان ماذونا او مكاتبا فالجواب فيه وفيما
اذا كانا حرين سوا وجه قولهما ان المكاتب في ملك اليد بمنزلة
الحر بل هو حر يدا ولهذا كان احق بمكاسبه وكذا الماذون المديون فصار
كما لو اختلفا وهما حران ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما مملوك اما
الماذون فلا شك فيه وكذا المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان
رسول الله صلى الله عليه وسلم والعبد اسم للمملوك والمملوك لا يكون من اهل
الملك فلا تصلح يده دليلا على الملك فلا تصلح معارضة ليد الحر فتبقى يده دليل
الملك من غير معارض بخلاف الحرين ولو كان الزوج حرا والمراة امة او مكاتبة
او مدبرة او ام ولد فاعتقت ثم اختلفا في متاع البيت فما احدثا من الملك
قبل العتق فهو للزوج لانه حدث في وقت لم تكن المراة فيه من اهل الملك
وما احدثا من الملك بعد العتق فالجواب فيه وفي الحرين سوا ولو كان
الزوج مسلما والمراة كتابية فالجواب فيه كالجواب في الزوجين المسلمين لان
الكفر لا ينافي اهلية الملك بخلاف الرق وكذا لو كان البيت ملكا لاحدهما لا
يختلف الجواب لان العبرة لليد لا للملك هذا كله اذا لم تقر المراة ان هذا
المتاع اشتراه لي زوجي فان اقرت بذلك سقط قولها لانها اقرت بالملك لزوجها
ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الانتقال الا بدليل والله اعلم بالصواب
فصل ومنها الكفاءة في انكاح غير الاب والجد من الاخ والعم ونحوهما

الصغير

٦١

الصغير والصغيرة وفي انكاح الاب والجد اختلاف ابي حنيفة مع صاحبيه وقد
مرت المسئلة فصل واما الطوع فليس بشرط لجواز النكاح عندنا بخ
خلافا للشافعي فيجوز نكاح المكره عندنا وعنده لا يجوز وهذه من مسايل الاكراه كتاب م
وكذا الجد ليس من شرايط جواز النكاح حتى يجوز نكاح الهازل لان الشرع
جعل الهزل والجد في باب النكاح سوا قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث
جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح وكذا العمد عندنا
حتى يجوز نكاح الخاطي وهو الذي يسبق على لسانه كلمة النكاح من غير قصد وعند
الشافعي شرط والصحيح قولنا لان الغايب بالخطاء ليس الا القصد وانه ليس
بشرط لجواز النكاح عندنا بدليل نكاح الهازل وكذا الحل اعني كونه حلالا غير محرم
او كونها حلالا غير محرمة ليس بشرط لجواز النكاح عندنا وعند الشافعي
شرط حتى يجوز نكاح المحرم والمحرمة عندنا لكن لا يحل له وطيها في حال الاحرام
وعنده لا يجوز وجه قوله ان الجماع من محظورات الاحرام فكذا
النكاح لانه سبب داع الى الجماع ولهذا حرمت الدواعي على المحرم كما حرم عليه
الجماع ولنا ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حرام وادنى ما يستدل عليه بفعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الجواز ولا معارض لهذا لما روى يزيد بن
الاصم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال بسرف سرف ككتف موضع قرب التنعيم قاموس
واجمعوا على انه ما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم الا مرة واحدة فيقع
التعارض لان الاخذ برواية ابن عباس اولى لوجهين احدهما انه يثبت
امرا عارضا وهو الاحرام اذ الحل اصل والاحرام عارض فيحمل رواية يزيد على
بنى الامر على الاصل وهو الحل بحسبنا الظن بالروايتين فكان راوي الاحرام
معتمدا حقيقة الحال وراوي الحل بانيا الامر على الظاهر فكانت روايته من
اعتمد حقيقة الحال اولى ولهذا رجحنا قول الجارح على المزكي كذا هذا
والثاني ان عبد الله بن عباس رضي الله عنهما افقه واتقن من يزيد والترجيح
بفقه الراوي واتقانه ترجيح صحيح على ما عرف في اصول الفقه ولان المعاني
التي لها حسن النكاح في غير حال الاحرام موجودة في حال الاحرام فكان الفرق
بين الحالين في الحكم مع وجود المعنى الجامع بينهما مناقضة وما ذكر من المعنى
يبطل بنكاح الحايض والنفسا فانه جايز بالاجماع وان كان النكاح سببا داعيا
الى الجماع والله اعلم فصل ثم كل نكاح جاز بين المسلمين وهو الذي استجمع
شرايط الجواز التي وصفناها فهو جايز بين اهل الذمة واما ما فسد بين المسلمين
من الانكحة فانها منقسمة في حقهم منها ما يصح ومنها ما يفسخ وهذا قول اصحابنا الثلاثة

وقال زفر كل نكاح فسد في حق المسلمين فسد في حق اهل الذمة حتى لو اظهروا
النكاح بغير شهود يعترض عليهم ويحملون على احكامنا وان لم يرفعوا الينا وكذا
اذا اسلما يفرق بينهما عنده وعندنا لا يفرق بينهما وان تحاكما الينا او اسلما بل
يقران عليه **وجه** قوله انهم لما قبلوا عقد الذمة فقد التزموا احكامنا ورضوا
بها ومن احكامنا انه لا يجوز النكاح بغير شهود ولهذا لم يجز نكاحهم المحارم في حكم
الاسلام ولان تحريم النكاح بغير شهود في حق المسلمين ثبت بخطاب الشرع على سبيل
العموم بقوله لا نكاح الا بشهود والكفار يخاطبون بشرايع هي حرمات في الصحيح
من الاقوال فكانت حرمة النكاح بغير شهود ثابتة في حقهم **ولنا** انهم دانوا
النكاح بغير شهود اذ الكلام فيه ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون الا ما
استثني من عقودهم كالربا وهذا غير مستثنى منها فيصح في حقهم كما يصح منهم تملك — لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد
الخمر والخنزير وتمليكهما فلا يعترض عليهم كما لا يعترض في الخمر والخنزير ولان
الشهادة ليست شرط بقاء النكاح على الصحة بدليل انه لا يبطل بموت الشهود ولا
يجوز ان يكون شرط ابتداء العقد في حق الكافر لان في الشهادة معنى العبادة قال الله
تعالى واقيموا الشهادة لله فلا يواخذ الكافر بمراعاة هذا الشرط في العقد ولان
نصوص الكتاب مطلقة عن شرط الشهادة والتقييد بالشهادة في نكاح المسلم ثبت
بدليل فمن ادعى التقييد بها في حق الكافر يحتاج الى الدليل واما قوله انهم بالذمة
التزموا احكام الاسلام نعم لكن جواز النكاح بغير شهود من احكام الاسلام
وقوله تحريم النكاح بغير شهود عام ممنوع بل هو خاص في حق المسلمين لوجود
المخصص لاهل الذمة وهو عمومات الكتاب ولو تزوج ذمي ذمية في عدة من
ذمي جاز النكاح في قول ابي حنيفة رحمه الله وهذا والنكاح بغير شهود سوا حتى لا
يعترض عليهما بالتفريق وان ترافعا الينا ولو اسلما يقران على ذلك وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر والشافعي رحمهم الله النكاح فاسد ويفرق بينهما **وجه** قولهم
على نحو ما ذكرنا لزفر في النكاح بغير شهود وهو ان بقبول الذمة التزموا احكامنا
ومن احكامنا المجمع عليه فساد نكاح المعتدة ولان الخطاب بتحريم نكاح المعتدة
عام قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله والكفار يخاطبون
بالحرمات وكلام ابي حنيفة رحمه الله على نحو ما تقدم ايضا لانه في ديانتهم عدم وجوب
العدة والكلام فيه فلم يكن هذا نكاح المعتدة في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يدينون وكذا عمومات النكاح من الكتاب والسنة مطلقة عن هذه الشريطة
اعني الخلو عن العدة وانما عرف شرطا في نكاح المسلمين بالاجماع وقوله تعالى ولا
تعزموا عقدة النكاح خطاب للمسلمين ونحمل عليه عملا بالدلايل كلها صيانة لها عن — حق
التناقض ولان العدة فيها معنى العبادة وهي الزجر ايضا من وجه قال الله تعالى

فمالكم

فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمن حيث هي عبادة لا يمكن ايجابها على الكافرة
لان الكفار لا يخاطبون بشرايع هي عبادات او قربات وكذا من حيث هي حق
الزوج لان الكافر لا يعتقده حقا لنفسه بخلاف المسلم اذا تزوج كتابية في عدة
من مسلم انه لا يجوز لان المسلم يعتقد العدة حقا واجبا فيمكن الايجاب لحقه
ان كان لا يمكن لحق الله تعالى من حيث هي عبادة ولهذا قلنا انه ليس للزوج
المسلم ان يجبر امراته الكافرة على الغسل من الجنابة والحيض والنفاس لان الغسل
من باب القربة وهي غير مخاطبة بالقربات وله ان يمنعها من الخروج من البيت
لان الاسكان حقه واما نكاح المحارم والجمع بين خمس نسوة والجمع بين الاختين
فقد ذكر الكرخي ان ذلك كله فاسد في حكم الاسلام بالاجماع لان فساد هذه
الانكحة في حق المسلمين ثبت لفساد قطيعة الرحم وخوف الجور في ايفاء الحقوق
من النفقة والسكنى والكسوة وغير ذلك وهذا المعنى لا يوجب الفصل
بين المسلم والكافر الا انه مع الحرمة والفساد لا يتعرض لهم قبل المرافعة
وقبل الاسلام لانهم دانوا ذلك ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون كما لا يتعرض
لهم في عبادة غير الله تعالى وان كانت محرمة واذا ترافعا الى القاضي فالقاضي
يفرق بينهما كما يفرق بينهما بعد الاسلام لانهما اذا ترافعا فقد تركا ما دانا
ورضيا بحكم الاسلام ولقوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم واما اذا لم يترافعا
ولم يوجد الاسلام ايضا فقد قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انهما
يقران على نكاحهما لا يعترض عليهما بالتفريق وقال ابو يوسف رحمه الله يفرق
بينهما الحاكم اذا علم ذلك سواء ترافعا الينا او لم يترافعا ولو رفع احدهما دون
الاخر قال ابو حنيفة لا يعترض عليهما ما لم يترافعا جميعا وقال محمد اذا رفع
احدهما يفرق بينهما **اما** الكلام في المسلة الاولى فوجه قول ابي يوسف ظاهر قوله
بينهم — تعالى وان احكم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بان يحكم بينهم بما انزل له مطلقا عن شرط المرافعة وقد انزل حرمة هذه الانكحة
فيلزمه الحكم بها مطلقا ولان الاصل في الشرايع هو العموم في حق الناس كافة الا
انه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وامكن في دار الاسلام فلزم
زنا — التنفيذ فيها فكان النكاح فاسدا او النكاح الفاسد من وجه فلا يمكنون منه كما لا
يمكنون من الزنا في دار الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى فان جاؤك
فاحكم بينهم او اعرض عنهم الاية حجة له في المسلتين جميعا اما في المسلة الاولى فلانه
شرط المجي للحكم عليهم فاثبت التخيير بين الحكم والاعراض الا انه قام الدليل على نسخ
التخيير ولا دليل على نسخ شرط المجي فكان حكم الشرط باقيا فيحمل المطلق على المقيد
لتعذر العمل بهما وامكان جعل المقيد بيانا للمطلق واما في المسلة الثانية فلانه

شرط مجيئهم للحكم عليهم فاذا جا احدهما دون الاخر فلم يوجد الشرط وهو مجيئهم فلا نحكم بينهم وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر اما ان تذروا الربا او تاذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب اليهم في انكحتهم شيا ولو كان التفريق مستحقا قبل المرافعة لكتب به كما كتب بترك الربا وروي ان المسلمين لما فتحوا اي الاسلام بلاد فارس لم يتعرضوا لانكحتهم وما روي ان عمر رضي الله عنه كتب ان يفرق بينهم وبين امهاتهم لا يكاد يثبت لانه لو ثبت لنقل على طريق الاستفاضة لتوفر الدواعي الى نقله فلما لم ينقل دل انه لم يثبت او يحمل على انه كتب ثم رجع عنه ولم يعمل به ولان ترك التعرض والاعراض ثبت حقا لهما فاذا رفع احدهما فقد اسقط حق نفسه فيبقى في حق الاخر وجه قول محمد انه لما رفع احدهما فقد رضي بحكم الاسلام فيلزمه اجرا احكام الاسلام في حقه فيتعدى الى الاخر كما اذا اسلم احدهما الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول الرضا بالحكم ليس نظير الاسلام بدليل انه لو رضي ثم رجع عنه قبل الحكم عليه لم يلزمه حكم الاسلام وبعد ما اسلم لا يمكنه ان يابى الرضا باحكام الاسلام واذا لم يكن ذلك امرا لازما ضروريا فلا يتعدى الى غيره وجعل رضاه في حق الغير كالعدم بخلاف الاسلام وذكر الامام القاضي ابو زيد رحمه الله ان نكاح المحارم صحيح فيما بينهم في قول ابي حنيفة رحمه الله بدليل ان الذمي اذا تزوج بمحارمه ودخل بها لم يسقط احصانه عنده حتى لو قذفه انسان بالزنا بعد ما اسلم يحد قاذفه عنده ولو كان الدخول في النكاح الفاسد يسقط الاحصان كما في سائر الانكحة الفاسدة وكذلك لو ترافعا الينا فطلبت المراة النفقة فان القاضي يقضي بالنفقة في قول ابي حنيفة فدل ان نكاح المحارم وقع صحيحا فيما بينهم في حكم الاسلام واتفقوا على انه لو تزوج حربي اختين في عقدة واحدة او على التعاقب ثم فارق احداهما قبل الاسلام ثم اسلم ان نكاح الباقية صحيح ومعلوم ان الباقي عين الثابت ولو وقع نكاحها فاسدا حال وقوعه لما انقلب بعد الاسلام وكذلك لو تزوج خمسا في عقود متفرقة ثم فارق الاولى منهن ثم اسلم بقي نكاح الاربع على الصحة ولو وقع فاسدا من الاصل لما انقلب صحيحا بالاسلام بل كان يتاكد الفساد فثبت ان هذه الانكحة وقعت صحيحة في حقهم في حكم الاسلام ثم يفرق بينهما بعد الاسلام لانه لا صحة في حق الاسلام ولو طلق الذمي امراته ثلاثا او خالعها ثم قام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يفرق بينهما وان لم يترافعا لان العقد قد بطل بالطلقات الثلاث وبالخلع لانه يدين ذلك فكان اقرارا على قيامه عليها اقرارا على الزنا وهذا لا يجوز ولو تزوج ذمي ذمية على ان لا مهر لها وذلك في دينهم جايز صح ذلك ولا شي لها في قول ابي

حنيفة

الدبوسي صح

النكاح فاسدا لسقط احصانه لان صح

حنيفة رحمه الله سوا دخل بها او لم يدخل بها طلقها او مات عنها اسلما او اسلم احدهما وعند ابي يوسف ومحمد لها مهر مثلها ثم ان طلقها بعد الدخول بها او بعد الخلوة او مات عنها تاكد ذلك وان طلقها قبل الدخول بها او قبل الخلوة سقط مهر المثل ولها المتعة كالمسلمة ولو تزوج حربي حربية في دار الحرب على ان لا مهر لها جاز ذلك ولا شي لها في قولهم جميعا والكلام في الجانبين على نحو ما ذكرنا في المسايل المتقدمة هما يقولان ان حكم الاسلام قد لزم الزوجين الذميين بالتزامهما احكامنا ومن احكامنا ان لا يجوز النكاح من غير مال بخلاف الحربيين لانهما ما التزما احكامنا فابو حنيفة رحمه الله يقول ان في ديانتهم جواز النكاح بلا مهر ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون الا فيما وقع الاستثنا في عهودهم كالربا وهذا لم يقع الاستثنا عنه فلا نتعرض لهم ويكون جايزا في حقهم في حكم الاسلام كما يجوز لهم في حكم الاسلام تملك الخمور والخنازير وتمليكها هذا اذا تزوجها ونفى المهر فاما اذا تزوجها وسكت عن تسمية المهر بان تزوجها ولم يسم لها مهرا فلها مهر المثل في ظاهر رواية الاصل فانه ذكر في الاصل ان الذمي اذا تزوج ذمية بميتة او دم او بغير شي ان النكاح جايز ولها مهر مثلها وظاهر قوله او بغير شي يشعر بالسكوت عن التسمية لا بالنفي فدل على وجوب مهر المثل حال السكوت ففرق ابو حنيفة بين السكوت وبين النفي وحكي عن الكرخي انه قال قياس قول ابي حنيفة ان لا فرق بين حالة السكوت وبين النفي ووجهه انه لما جاز النكاح في ديانتهم بمهر وبغير مهر لم يكن في نفس العقد ما يدل على التزام المهر فلا بد لوجوبه من دليل وهو التسمية ولم يوجد فلا يجب بخلاف نكاح المسلمين انه لا جواز له بدون المهر فكان ذكر العقد التزاما للمهر ووجه الفرق بين السكوت وبين النفي على ظاهر الرواية انه لما سكت عن تسمية المهر لم يعرف ديانته النكاح بلا مهر فيحمل اقدامه على النكاح التزاما للمهر كما في حق المسلم واذا نفى المهر نصا دل انه يدين النكاح ويعتقده جايزا بلا مهر فلا يلزمه حكم نكاح اهل الاسلام بل يترك وما يدين فهو الفرق ثم ما صلح مهرا في نكاح المسلمين فانه يصلح مهرا في نكاح اهل الذمة لا شك فيه لانه لما جاز نكاحنا عليه كان نكاحهم عليه اجوز وما لا يصلح مهرا في نكاح المسلمين لا يصلح مهرا في نكاحهم ايضا الا الخمر والخنزير لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والخل في حق المسلمين فيجوز ان يكون مهرا في حقهم في حكم الاسلام فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فان كان الخمر او الخنزير بعينه ولم يقبض فليس لها الا العين وان كان بغير عينه بان كان في الذمة فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر مثلها وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لها مهر مثلها سوا كان بعينه او بغير عينه وقال محمد لها القيمة سوا

ومن احكامنا صح

عن التسمية صح

كان بعينه او بغير عينه ولا خلاف في ان الخمر والخنزير اذا كان دينا في الذمة ليس لها عند ذلك **وجه** قولهما في انه لا يجوز ان يكون لها العين ان الملك في العين وان ثبت لها قبل الاسلام لكن في القبض معنى التملك لان ملكها قبل القبض واه غير متاكد [لانه موكد للملك م] الا ترى انه لو هلك عند الزوج كان الهلاك عليه وكذا لو تعيب وبعد القبض كان ذلك كله عليها فثبت ان الملك قبل القبض غير متاكد فكان القبض موكدا للملك والتاكيد اثبات من وجه فكان القبض تملكا من وجه والمسلم منهي عن ذلك ولهذا لو اشترى ذمي من ذمي خمرا ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض ينتقض البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان المهر قبل القبض ملكا تاما اذ الملك نوعان ملك [المراة تملك] رقبة وملك يد وهو ملك التصرف ولا شك ان ملك الرقبة ثابت لها قبل القبض وكذلك ملك التصرف لانها تملك التصرف في المهر قبل القبض من كل وجه فلم يبق الا صورة القبض والمسلم غير منهي عن صورة قبض الخمر والخنزير واقباضهما كما اذا غصب مسلم من مسلم خمرا ان الغاصب يكون مامورا بالتسليم والمغصوب منه يكون ماذونا له في القبض وكذا الذمي اذا غصب منه الخمر ثم اسلم وكذا مسلم اودعه الذمي خمرا ثم اسلم الذمي ان له ان ياخذ الخمر من المودع يبقى هذا القدر وهو انه دخل المهر في ضمانها بالقبض لكن هذا لا يوجب ثبوت ملك لها لما ذكرنا ان ملكها تام قبل القبض بهما ان دخوله في ضمانها امر عليها فكيف يكون ملكا لها بخلاف المبيع فان ملك وان كان ثابتا قبل القبض فملك التصرف لم يثبت وانما يثبت بالقبض [الرقبة م] وفيه معنى التملك والتملك والاسلام يمنع من ذلك هذا اذا كانا عينين فان كانا دينين فليس لها العين بالاجماع لان الملك في هذه العين التي ياخذها ما كان [illegible] ثابتا لها بالعقد بل كان ثابتا في الدين في الذمة وانما يثبت الملك في هذا المعين بالقبض والقبض تملك من وجه والمسلم ممنوع من ذلك **وجه** قول ابي يوسف ان الاسلام لما منع القبض والقبض حكم العقد جعل كان المنع ثابتا وقت العقد فيصار الى مهر المثل كما لو كانا عند العقد مسلمين **وجه** قول محمد ان العقد وقع صحيحا والتسمية في العقد قد صحت الا انه تعذر التسليم بسبب الاسلام لما في التسليم من التملك من وجه على ما بينا والمسلم ممنوع عن ذلك فيوجب القيمة كما لو هلك المسمى قبل القبض وابو حنيفة رحمه الله يوجب القيمة في الخمر لما قاله محمد وهو القياس في الخنزير ايضا الا انه استحسن في الخنزير واوجب مهر المثل لان الخنزير حيوان ومن تزوج امراة على حيوان في الذمة يخير بين تسليمه وبين تسليم قيمة الوسط منه بل القيمة هي الاصل في التسليم لان الوسط يعرف بها على ما ذكرنا فيما تقدم فكان لبقا قيمة الخنزير بعد الاسلام حكم بقا الخنزير من وجه ولا سبيل الى بقا العين بعد الاسلام فلا سبيل الى بقا القيمة بخلاف الخمر لان قيمتها لم تكن

واجبة

واجبة قبل الاسلام الا ترى انه لو جا الزوج بالقيمة لا تجبر المراة على القبول فلا يكون لبقائها حكم بقا الخمر من وجه لذلك افترقا هذا كله اذا لم يكن المهر مقبوضا قبل الاسلام فان كان مقبوضا فلا شي للمراة لان الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو لان الملك قد ثبت على سبيل الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر فلا يثبت بعد الاسلام ملك وانما يوجد دوام الملك والاسلام لا ينافيه كمسلم تخمر عصيره انه لا يؤمر بابطال ملكه فيه وكما في نزول تحريم الربا وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة ابطل من الربا ما لم يقبض ولم يتعرض لما قبض بالفسخ وهو احد تاويلات قوله يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا الاية امر بترك ما بقي من الربا والامر بترك ما بقي من الربا هو النهي عن قبضه والله اعلم ه ولو تزوجها على ميتة او دم ذكر في الاصل ان لها مهر مثلها وذكر في الجامع الصغير انه لا شي لها ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل ما ذكر في الاصل على الذميين وما ذكر في الجامع الصغير على الحربيين ومنهم من جعل في المسئلة روايتين **وجه** رواية الاصل انه لما تزوجها على الميتة والدم فلم ترض باستحقاق بضعها الا ببدل وقد تعذر استحقاق المسمى لانه ليس بمال في حق احد فكان لها مهر المثل كالمسلمة **وجه** رواية الجامع الصغير انها لما رضيت بالميتة مع انها ليست بمال كان ذلك منها دلالة الرضى باستحقاق بضعها بغير عوض اصلا كما اذا تزوجها على ان لا مهر لها والله اعلم

فصل ثم كل عقد اذا عقده الذمي كان فاسدا فاذا عقده الحربي كان فاسدا ايضا لان المعنى المفسد لا يوجب الفصل بينهما وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولو تزوج كافر خمس نسوة او اختين ثم اسلم فان كان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقود متفرقة صح نكاح الاربع وبطل نكاح الخامسة وكذا في الاختين يصح نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يختار من الخمس اربعا ومن الاختين واحدة سوا تزوجهن في عقد واحد او في عقود استحسانا وبه اخذ الشافعي رحمه الله **احتج** محمد بما روي ان غيلان اسلم وتحته عشر نسوة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعا وروي ان قيس بن الحارث اسلم وتحته ثمان نسوة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعا وروي ان فيروز الديلمي اسلم وتحته اختان فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فيهما ولم يستفسر ان نكاحهن كان دفعة واحدة او على الترتيب ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولان حكم الشرع فيه هو التخيير مطلقا ولابي حنيفة وابي يوسف ان الجمع محرم على المسلم والكافر جميعا لان حرمته ثبتت لمعنى معقول وهو خوف الجور في ايفا حقوقهن والافضا الى قطع الرحم على ما ذكرنا فيما تقدم وهذا

المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم والكافر الا انه لا تعرض لاهل الذمة مع قيام
الحرمة لان ذلك ديانتهم وهو غير مستثنى ط بعد اعطاء الذمة وليس لنا ولاية — ط من عهودهم وقد نهينا عن التعرض لهم عن مثله م
التعرض لاهل الحرب فاذا اسلم فقد زال المانع فلا يمكن من استيفاء الجمع بعد الاسلام
فاذا كان تزوج الخمس في عقدة واحدة فقد حصل نكاح كل واحدة منهن جمعا اذ
ليست احداهن باولى من الاخرى والجمع محرم وقد زال المانع من التعرض فلا بد من
الاعتراض بالتفريق وكذلك اذا كان تزوج الاختين في عقدة واحدة لان نكاح
كل واحدة منهما حصل جمعا اذ ليست احداهما باولى من الاخرى والاسلام يمنع
من ذلك ولا مانع من التفريق فيفرق فاما اذا كان تزوجهن على الترتيب في عقود
متفرقة فنكاح الاربع منهن وقع صحيحا لان الحر يملك التزوج باربع نسوة مسلما
كان او كافرا ولم يصح نكاح الخامسة لحصوله جمعا فيفرق بينهما بعد الاسلام
وكذلك اذا كان تزوج الاختين في عقدتين فنكاح الاولى وقع صحيحا اذ لا مانع
من الصحة وبطل نكاح الثانية لحصوله جمعا فلا بد من التفريق بعد الاسلام ه
واما الاحاديث ففيها اثبات الاختيار للزوج المسلم لكن ليس فيها ان له ان
يختار ذلك بالنكاح الاول او بنكاح جديد فاحتمل انه اثبت له الاختيار ليجدد
العقد عليهن ويحتمل انه اثبت له الاختيار ليمسكهن بالعقد الاول فلا يكون حجة
مع الاحتمال مع انه قد روي ان ذلك كان قبل تحريم الجمع فانه روي في الخبر
ان غيلان اسلم وقد كان تزوج في الجاهلية وروي عن مكحول انه قال كان ذلك
قبل نزول الفرائض وتحريم الجمع ثبت بسورة النساء الكبرى وهي مدنية وروي
ان ابن فيروز لما هاجر الى النبي صلى الله عليه وسلم قال له ان تحتي اختين فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ارجع فطلق احداهما ط فدل ان ذلك العقد وقع صحيحا في — ط ومعلوم ان الطلاق انما يكون في النكاح الصحيح م
الاصل فدل انه كان قبل تحريم الجمع ولا كلام فيه وعلى هذا الخلاف اذا تزوج
الحربي باربع نسوة ثم سبي هو وسبين معه ان عند ابي حنيفة وابي يوسف يفرق
بينه وبين الكل سواء تزوجهن في عقدة واحدة او في عقود متفرقة لان نكاح الاربع
وقع صحيحا لانه كان حرا وقت النكاح والحر يملك التزوج باربع نسوة مسلما كان
او كافرا الا انه تعذر الاستيفاء بعد الاسترقاق لحصول الجمع من العبد في حالة
البقاء بين اكثر من اثنتين فالعبد لا يملك ذلك والاستيفاء يقع جمعا بين الكل ولا يخير
فيه كما اذا تزوج رضيعتين فارضعتهما امراة بطل نكاحهما ولا يخير كذا هذا وعند
محمد يخير فيه فيختار ثنتين منهن كما يخير الحربي اربعا من نسائه والله اعلم ه ولو كان
تزوج الحربي اما وبنتا ثم اسلم فان كان تزوجهما في عقدة واحدة فنكاحهما باطل وان
كان تزوجهما متفرقا فنكاح الاولى جائز ونكاح الاخرى باطل في قول ابي حنيفة وابي يوسف
كما قالا ٢ في الجمع بين الاختين وقال محمد نكاح البنت هو الجائز سواء تزوجهما في عقدة واحدة او — ٢ في الجمع بين الخمس م

عقدتين

عقدتين ونكاح الام باطل لان مجرد عقد الام لا يحرم البنت وهذا ٢ اذا لم يكن دخل بواحدة — ٢ اذا
منهما فلو انه دخل بهما جميعا فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع وان كان دخل باحداهما فان
كان دخل بالاولى ثم تزوج الثانية فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية باطل بالاجماع
لان الدخول يوجب التحريم سواء دخل بالام او بالبنت ولو لم يدخل بالاولى ولكن دخل
بالثانية فان كانت الاولى بنتا والثانية اما فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع لان
نكاح البنت يحرم الام والدخول بالام يحرم البنت ه ولو تزوج الام اولا ولم يدخل
بها ثم تزوج البنت ودخل بها فنكاحهما جميعا باطل في قول ابي حنيفة وابي يوسف
الا انه يحل له ان يتزوج البنت ولا يحل له ان يتزوج الام وعند محمد نكاح البنت هو
الجائز وقد دخل بها وهي امراته ونكاح الام باطل والله اعلم

فصل

واما شرائط اللزوم فنوعان في الاصل نوع هو شرط وقوع النكاح لازما ونوع
هو شرط بقائه على اللزوم **اما الاول** فانواع منها ان يكون الولي في انكاح
الصغير والصغيرة هو الاب او الجد فان كان غير الاب والجد كالاخ والعم
لا يلزم النكاح حتى يثبت لهما الخيار بعد البلوغ وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف هذا ليس بشرط ويلزم نكاح غير الاب والجد من الاولياء حتى لا يثبت
لهما الخيار ه **وجه** قول ابي يوسف ان هذا نكاح صدر عن ولي فيلزم
كما اذا صدر عن الاب والجد وهذا لان ولاية الانكاح ولاية نظر في حق المولى
عليه فيدل ثبوتها على حصول النظر وهذا يمنع ثبوت الخيار لان الخيار لو ثبت انما
يثبت لنفي الضرر ولا ضرر فلا يثبت الخيار ولهذا لم يثبت في انكاح الاب والجد
كذا هذا **ولهما** ما روي ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمان بن مظعون
من عبد الله بن عمر رضي الله عنهم فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد البلوغ
فاختارت نفسها حتى روي ان ابن عمر رضي الله عنهما قال انها انتزعت مني
بعد ما ملكتها وهذا نص في الباب ولان اصل القرابة ان كان يدل على اصل النظر
لكونه دليلا على اصل الشفقة فقصورها يدل على قصور النظر لقصور الشفقة بسبب
بعد القرابة فيجب اعتبار اصل القرابة باثبات اصل الولاية واعتبار القصور
باثبات الخيار تكميلا للنظر وتوفيرا في حق الصغير بتلافي التقصير لو وقع ولا يتوهم
التقصير في انكاح الاب والجد لوفور شفقتهما لذلك لزم انكاحهما ولا يلزم انكاح
الاخ والعم على ان القياس في انكاح الاب ٢ ان لا يلزم الا انهم استحسنوا في ذلك — ٢ والجد م
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج عائشة رضي الله عنها وبلغت
لم يخيرها بالخيار بعد البلوغ ولو كان الخيار ثابتا لها لاعلمها به ه وهل
يلزم ط اذا زوجها الحاكم ذكر في الاصل ما يدل على انه لا يلزم فانه قال اذا زوجها — ط ذلك م
غير الاب والجد فلها الخيار والحاكم غير الاب والجد وهكذا قال محمد رحمه الله

ان لها الخيار وروى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خيار لهما
وجه هذه الرواية ان ولاية الحاكم اعم من ولاية الاخ والعم لانه
يملك التصرف في النفس والمال جميعا فكانت ولايته شبيهة بولاية الاب والجد
وولايتهما ملزمة فكذا ولاية الحاكم **وجه** رواية الاصل ان ولاية الاخ
والعم اقوى من ولاية الحاكم بدليل انهما يتقدمان عليه حتى لا يزوج الحاكم مع وجودهما
ثم ولايتهما غير ملزمة فولاية الحاكم اولى واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما
وهو اختيار النكاح او الفرقة فيقع الكلام بعد هذا في موضعين احدهما في بيان
وقت ثبوت الخيار والثاني في بيان ما يبطل به الخيار اما الاول فالخيار يثبت
بعد البلوغ لا قبله حتى لو رضي بالنكاح قبل البلوغ لا يعتبر ويثبت له الخيار بعد
البلوغ لان اهلية الرضى تثبت بعد البلوغ لا قبله فيثبت الخيار بعد البلوغ لا قبله
واما الثاني فما يبطل به الخيار نوعان نص ودلالة اما النص فهو صريح الرضا
بالنكاح نحو ان يقول رضيت بالنكاح او اخترت النكاح او اجزته وما يجري هذا
المجرى فيبطل خيار الفرقة ويلزم النكاح واما الدلالة فنحو السكوت من البكر
عقيب البلوغ لان سكوت البكر دليل الرضى بالنكاح لما ذكرنا فيما تقدم ان البكر
لغلبة حيائها تستحيي عن اظهار الرضا بالنكاح واما سكوت الثيب بان كان وطئها
قبل البلوغ فبلغت وهي ثيب فسكتت عقيب البلوغ فلا يبطل به الخيار لانها لا
تستحيي عن اظهار الرضى بالنكاح عادة لان بالثيابة قل حياؤها فلا يصلح سكوتها
دليلا على الرضا بالنكاح فلا يبطل خيارها الا بصريح الرضا بالنكاح او بفعل او قول
يدل على الرضى نحو التمكين من الوطئ وطلب المهر والنفقة وغير ذلك وكذا
سكوت الغلام عقيب البلوغ لان الغلام لا يستحيي عن اظهار الرضا بالنكاح اذ ذاك
دليل الرجولية فلا يسقط خياره الا بنص كلامه او بما يدل على الرضى بالنكاح من
الدخول بها وطلب التمكين منها وادرار النفقة عليها ونحو ذلك ثم العلم
بالنكاح شرط بطلان الخيار من طريق الدلالة حتى لو لم تكن عالمة بالنكاح لا يبطل
الخيار لان بطلان الخيار لوجود الرضى منها دلالة والرضى بالشيء قبل العلم به
لا يتصور اذ هو استحسان ومن لم يعلم بشيء كيف يستحسنه واذا كانت عالمة بالنكاح م الشيء م
ووجد منها دليل الرضى بالنكاح بطل خيارها ولا يمتد هذا الخيار الى اخر المجلس
بل يبطل بالسكوت من البكر بخلاف خيار العتق وخيار المخيرة لان التخيير هناك
وجد من العبد وهو الزوج والمولى اما في الزوج فظاهر وكذا في المولى لان
الخيار يثبت بالعتق والعتق حصل باعتاقه والتخيير من العبد تمليك فيقتضي جوابا
في المجلس فيمتد الى اخر المجلس كخيار القبول في البيع بخلاف خيار البلوغ لانه ما ثبت
بصنع العبد بل باثبات الشرع فلم يكن تمليكا فلا يمتد الى اخر المجلس وان لم تكن

عالمة

عالمة بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم بالنكاح ثم خيار البلوغ يثبت للذكر والانثى
وخيار العتق لا يثبت الا للامة لان خيار البلوغ ثبت لقصور الولاية وذا لا يختلف
بالذكورة والانوثة وخيار العتق ثبت لزيادة الملك عليها بالعتق وذا يختص
بها وكذا خيار البلوغ للذكر او للانثى اذا كانت الانثى ثيبا لا يبطل بالقيام عن
المجلس وخيار العتق والمخيرة يبطل والفرق على نحو ما ذكرنا بين خيار البكر وبين
خيار العتق وخيار المخيرة ان الاول يبطل بالسكوت والثاني لا يبطل واما العلم
بالخيار فليس بشرط والجهل به ليس بعذر لان دار الاسلام دار العلم بالشرائع
فيمكن الوصول اليها بالتعلم فكان الجهل بالخيار في غير موضعه فلا يعذر ولهذا
لم يعذر العوام في دار الاسلام بجهلهم بالشرائع بخلاف خيار العتق فان العلم
بالخيار هناك شرط والجهل به عذر وان كان دار الاسلام دار العلم بالشرائع
والاحكام لان الوصول اليها ليس من طريق الضرورة بل بواسطة التعلم والامة
لا تتمكن للتعلم لانها لا تتفرغ لذلك لاشتغالها بخدمة مولاها بخلاف الحرة
ثم اذا اختارت الفرقة فهذه الفرقة لا تثبت الا بقضاء القاضي بخلاف
خيار العتق لان المعتقة اذا اختارت نفسها تثبت الفرقة بغير قضاء القاضي
ووجه الفرق ان اصل النكاح هاهنا ثابت وحكمه نافذ وانما الفائت
وصف الكمال وهو صفة اللزوم فكان الفسخ من احد الزوجين رفع الاصل
بفوات الوصف وفوات الوصف لا يوجب رفع الاصل لما فيه من جعل الاصل تبعا
للوصف وليس له ولاية ولا حاجة الى ذلك فلا بد من رفعه الى من له الولاية
العامة وهو القاضي لرفع النكاح دفعا لحاجة الصغير ونظرا له بخلاف خيار م الذي بلغ صح
العتق لان الملك ازداد عليها بالعتق ولها ان لا ترضى بالزيادة فكان لها
ان تدفع الزيادة ولا يمكن دفعها الا بدفع ما كان ثابتا فتندفع الثابت
ضرورة دفع الزيادة وهذا ممكن اذ ليس لبعض الملك تابعا للبعض فلا
تقع الحاجة الى قضاء القاضي ونظير الفصلين الرد بالعيب قبل القبض وبعده
ان الاول يثبت بدون قضاء القاضي والثاني لا يثبت عند عدم التراضي منهما
الا بقضاء القاضي والله اعلم ولو زوج ابنته ابن اخيه فلا خيار لها بالاجماع لان
النكاح صدر عن الاب واما ابن الاخ فله الخيار في قول ابي حنيفة ومحمد لصدور
النكاح عن العم وعند ابي يوسف لا خيار والمسألة قد مرت ولو اعتق امته
ثم زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ لان ولاية الولاء دون ولاية القرابة
فلما ثبت الخيار ثمة فلان يثبت هاهنا اولى ولو زوجها ثم اعتقها وهي صغيرة
فلها اذا بلغت خيار العتق لا خيار البلوغ لان النكاح صادفها وهي رقيقة والله اعلم
فصل ومنها كفاءة الزوج في نكاح المرأة الحرة العاقلة البالغة نفسها

من غير رضى الاوليا بمهر مثلها فيقع الكلام في هذا الشرط في اربعة مواضع احدها
في بيان ان الكفاءة في باب النكاح هل هي شرط لزوم النكاح في الجملة ام لا
والثاني في بيان النكاح الذي الكفاءة من شرط لزومه والثالث في بيان ما يعتبر
فيه الكفاءة والرابع في بيان من يعتبر له الكفاءة **اما الاول** فقد قال عامة
العلما انها شرط وقال الكرخي ليست بشرط اصلا وهو قول مالك وسفيان الثوري
والحسن البصري **واحتجوا** بما روي ان ابا طيبة خطب الى بني بياضة فابوا ان
يزوجوه فقال النبي صلى الله عليه وسلم انكحوا ابا طيبة الا تفعلوا تكن فتنة في الارض
وفساد كبير وروي ان بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله يأمركم ان تزوجوني امرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزوج عند عدم الكفاءة ولو كانت
معتبرة لما امر لان التزوج من غير الكفو غير مامور به وقال صلى الله عليه وسلم
ليس لعربي على عجمي فضل الا بالتقوى وهذا نص ولان الكفاءة لو كانت معتبرة
في الشرع لكان اولى الابواب بالاعتبار باب الدما لانه يحتاط فيه ما لا يحتاط
في ساير الابواب ومع هذا لم يعتبر حتى يقتل الشريف بالوضيع فها هنا اولى
والدليل عليه انها لم تعتبر في جانب المراة فكذا في جانب الزوج **ولنا** ما
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تزوج النسا الا الاوليا ولا يزوجن
الا من الاكفا ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولان مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة
لانها لا تحصل الا بالاستفراش والمراة تستنكف عن استفراش غير الكفو وتعتر
بذلك فيختل المصالح ولان الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح
بدون تحملها عادة والتحمل من غير الكفو امر صعب يثقل على الطباع السليمة
فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها ولا حجة لهم في الحديثين لان
الامر بالتزويج يحتمل انه كان ندبا لهم الى الافضل وهو اختيار الدين وترك الكفاءة
~~فيما سواه والاقتصار عليه ويحتمل انه كان امر ايجاب امرهم بالتزوج منهما مع عدم~~
~~الكفاءة فيما سواه والاقتصار عليه~~ وهذا لا يمنع جواز الامتناع وعندنا الافضل
اعتبار الدين والاقتصار عليه ويحتمل انه كان امر ايجاب امرهم بالتزوج منهما
مع عدم الكفاءة تخصيصا لهما بذلك كما خص ابا طيبة بالتمكن من شرب دمه صلى الله
عليه وسلم وخص خزيمة بقبول شهادته وحده ونحو ذلك ولا شركة في موضع الخصوصية
حملنا الحديثين على ما قلنا توفيقا بين الدلايل واما الحديث الثالث فالمراد به احكام
الاخرة اذ لا يمكن حمله على احكام الدنيا لظهور فضل العربي على العجمي في كثير من احكام
الدنيا فيحمل على احكام الاخرة وبه نقول والقياس على القصاص غير سديد لان القصاص
شرع لمصلحة الحياة واعتبار الكفاءة فيه يؤدي الى تفويت هذه المصلحة لان كل احد
يقصد قتل عدوه الذي لا يكافيه فتفوت المصلحة المطلوبة من القصاص وفي

اعتبار

اعتبار الكفاءة في باب النكاح تحقيق المصلحة المطلوبة من النكاح من الوجه الذي
بينا فبطل الاعتبار وكذا الاعتبار بجانب المراة لا يصح ايضا لان الرجل لا يستنكف عن
استفراش المراة الدنية لان الاستنكاف من المستفرش لا من المستفرش والزوج
مستفرش فلمستفرش الاعلى والخشن **فصل** واما الثاني فالنكاح الذي
الكفاءة فيه شرط لزومه هو انكاح المراة نفسها من غير كفو بغير رضى الاوليا
حتى لو زوجت نفسها من غير كفو من غير رضى الاوليا فللاوليا حق الاعتراض
لان في الكفاءة حقا للاوليا لانهم ينتفعون بها الا ترى انهم يتفاخرون بعلو نسب
الختن ويتعيرون بدناءة نسبه فيتضررون بذلك فكان لهم ان يدفعوا الضرر
عن انفسهم بالاعتراض كالمشتري اذا باع الشقص المشفوع كان للشفيع
ان يفسخ البيع ويأخذ المبيع بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا ولو كان
التزويج برضاهم يلزم حتى لا يكون لهم حق الاعتراض لان التزويج من المراة
تصرف من الاهل في محل هو خالص حقها وهو نفسها وامتناع اللزوم كان لحقهم
المتعلق بالكفاءة فاذا رضوا فقد اسقطوا حق انفسهم وهم من اهل الاسقاط والمحل
قابل للسقوط فيسقط ولو رضي به بعض الاوليا سقط حق الباقين في قول ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف لا يسقط **وجه** قوله ان حقهم في الكفاءة ثبت مشتركا
بين الكل فاذا رضي به احدهم فقد اسقط حق نفسه فلا يسقط حق الباقين كالدين
اذا وجب لجماعة فابرا بعضهم لا يسقط حق الباقين لما قلنا كذا هذا ولان رضى
احدهم لا يكون اكثر من رضاها بان زوجت نفسها من غير كفو بغير رضاهم
ثم لا يسقط حق الاوليا برضاها فلان لا يسقط برضى احدهم اولى ولهما ان هذا
حق واحد لا يتجزى ثبت بسبب لا يتجزى وهو القرابة واسقاط بعض ما لا يتجزى
اسقاط لكله لانه لا بعض له واذا اسقطه واحد منهم لا يتصور بقاوه في حق
الباقين كالقصاص اذا وجب لجماعة فعفى احدهم عنه انه يسقط حق الباقين كذا
هذا ولان حقهم في الكفاءة ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر والتزويج من غير كفو وقع
اضرارا بالاوليا من حيث الظاهر وهو ضرر عدم الكفاءة فالظاهر انه لا يرضى
به احدهم الا بعد علمه بمصلحة حقيقية هي اعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها
وغفل عنها الباقون لولاها لما رضي وهي دفع ضرر الوقوع في الزنا على تقدير
الفسخ **واما قوله** الحق ثبت مشتركا بينهم فنقول على الوجه الاول ممنوع بل
ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لان ما لا يتجزى لا يتصور فيه
الشركة كحق القصاص والامان بخلاف الدين فانه متجزي فيتصور فيه الشركة
وبخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفو بغير رضى الاوليا لان هناك الحق متعدد
وحقها خلاف جنس حقهم لان حقها في نفسها وفي نفس العقد ولا حق لهم في نفسها

ولا في نفس العقد وانما حصر في دفع الشين عن انفسهم واذا اختلف جنس الحق فسقوط
احدهما لا يوجب سقوط الاخر واما على الوجه الثاني فمسلم لكن هذا الحق ما ثبت
لعينه بل لدفع الضرر وفي ابقائه لزوم اعلا الضررين فسقط ضرورة ولكل الاولياء
لو زوجها من غير كفو برضاها يلزم النكاح لما قلنا ولو زوجها احد الاولياء من غير
كفو برضاها من غير رضى الباقين يجوز عند عامة العلماء خلافا لمالك بناء على ان
ولاية الانكاح ولاية مستقلة لكل واحد منهم عندنا وعنده ولاية مشتركة وقد
ذكرنا المسئلة في شرايط الجواز وهل يلزم قال ابو حنيفة ومحمد يلزم وقال
ابو يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله لا يلزم **وجه** قولهم على نحو ما ذكرنا
فيما تقدم ان الكفاءة حق ثبت للكل على الشركة واحد الشريكين اذا اسقط حق نفسه
فلا يسقط حق صاحبه كالدين المشترك **وجه** قولهما ان هذا حق واحد لا يتجزى
ثبت بسبب لا يتجزى ومثل هذا الحق اذا ثبت لجماعة ثبت لكل واحد منهم على الكمال
كان ليس معه غيره كالقصاص والامان ولان اقدامه على الانكاح مع كمال الراي
برضاها مع النادر ضرر ظاهر بالقبيلة وبنفسه وهو عدم ضرر الكفاءة بلحوق
العار والشين دليل كونه مصلحة في الباطن وهو اشتماله على دفع ضرر اعظم
من ضرر عدم الكفاءة وهو ضرر عار الزنا او غيره لولاه لما فعل واما انكاح
الاب والجد الصغير والصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط اللزوم عند ابي
حنيفة كما انها ليست بشرط الجواز عنده فيجوز ذلك ويلزم لصدوره ممن له كمال
النظر لكمال الشفقة بخلاف انكاح الاخ والعم من غير الكفو انه لا يجوز بالاجماع
لانه ضرر محض على ما بينا في شرايط الجواز واما انكاحهما من الكفو فجائز عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله لكنه غير لازم في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
لازم والمسئلة قد مرت **فصل** واما بيان ما تعتبر فيه الكفاءة
فما تعتبر فيه الكفاءة اشياء منها النسب والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم
قريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم حي بحي وقبيلة بقبيلة والموالي بعضهم — م اكفاء لبعض صح
اكفاء لبعض رجل برجل ولان التفاخر والتعيير يقعان بالانساب فيلحق
النقيصة بدناءة النسب فتعتبر فيه الكفاءة فقريش بعضهم اكفاء لبعض على اختلاف
قبائلهم حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي كالتيمي والاموي والعدوي
وغير ذلك كفوا للهاشمي لقوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض
وقريش تشتمل على بني هاشم والعرب بعضهم اكفاء لبعض بالنص ولا تكون العرب
كفوا لقريش لفضيلة قريش على سائر العرب ولذلك اختصت الامامة بهم
قال النبي صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش بخلاف القرشي انه يصلح كفوا
للهاشمي وان كان للهاشمي من الفضيلة ما ليس للقرشي لان الشرع اسقط اعتبار

تلك

تلك الفضيلة في باب النكاح عرفنا ذلك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واجماع
الصحابة رضي الله عنهم فانه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج ابنته من
عثمان رضي الله عنه وكان امويا لا هاشميا وزوج علي رضي الله عنه ابنته من عمر
رضي الله عنه ولم يكن هاشميا بل عدويا فدل ان الكفاءة في قريش لا تختص ببطن
دون بطن واستثنى محمد رحمه الله بيت الخلافة فلم يجعل القرشي الذي ليس
بهاشمي كفوا له ولا تكون الموالي اكفاء للعرب لفضل العرب على العجم والموالي
بعضهم اكفاء لبعض بالنص وموالي العرب اكفاء لموالي قريش لعموم قوله والموالي
بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ثم مفاخرة العجم بالاسلام لا بالنسب فمن له اب
واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له اباء كثيرة في الاسلام لان تمام التعريف — ط لا يكون كفوا لمن له ابوان فصاعدا في الاسلام ومن له ابوان في الاسلام ح
بالجد والزيادة على ذلك لا نهاية لها وقيل هذا اذا كان في موضع كان عهد
الاسلام قريبا بحيث لا يعير بذلك ولا يعد عيبا يكون بعضهم كفوا لبعض لان
التعيير اذا لم يجر بذلك ولم يعد عيبا لم يلحق الشين والنقيصة فلا يتحقق الضرر — ن قد طال عهده بالاسلام وامتد فاما اذا كان في موضع صح
فصل ومنها الحرية لان النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة
النسب فلا يكون القن والمدبر والمكاتب كفوا للحرة بحال فلا يكون مولى العتاقة
كفوا للحرة الاصلية ويكون كفوا لمثله لان التفاخر يقع بالحرية الاصلية والتعيير يجري
بالحرية العارضة المستفادة بالاعتاق وكذا من له اب واحد في الحرية لا يكون
كفوا لمن له ابوان فصاعدا في الحرية ومن له ابوان في الحرية كان كفوا لمن له اباء
كثيرة في الحرية كما في الاسلام الا ان لان اصل التعريف بالاب وتمامه بالجد وليس
وراء التمام شيء وكذا مولى الوضيع لا يكون كفوا لمولاة الشريف حتى لا يكون مولى
العرب كفوا لمولاة بني هاشم حتى لو زوجت مولاة بني هاشم نفسها من مولى
العرب كان لمعتقها حق الاعتراض لان الولاء لحمة كلحمة النسب والله تعالى اعلم — بمنزلة النسب قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء صح
فصل ومنها المال فلا يكون الفقير كفوا للغنية لان التفاخر بالمال اكثر
من التفاخر بغيره عادة وخصوصا في زماننا هذا ولان للنكاح تعلقا بالمهر
والنفقة تعلقا لازما فانه لا يجوز بدون المهر والنفقة لازمة ولا تعلق له
بالنسب والحرية فلما اعتبرت الكفاءة ثمة فلان تعتبر ههنا اولى والمعتبر فيه
القدرة على مهر مثلها وكذا النفقة ولا تعتبر الزيادة على ذلك حتى ان الزوج
اذا كان قادرا على مهر مثلها ونفقتها كفوا لها وان كان لا يساويها في المال هكذا — كان
روي عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله في ظاهر الروايات وذكر في
غير رواية الاصول ان تساويهما في الغنا شرط تحقق الكفاءة في قول ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف لان التفاخر يقع بالغنا عادة والصحيح هو الاول لان
الغنا لا ثبات له لان المال غاد ورائح فلا تعتبر المساواة في الغنا ومن لا يملك

العقد فلا يثبت

مهرا ولا نفقة لا يكون كفوا لان المهر عوض ما يملك بهذا العقد فلا بد من القدرة عليه وقيام الازدواج بالنفقة فلا بد من القدرة عليها ولان من لا قدرة له على المهر والنفقة يستحقر ويستهان في العادة كمن له نسب دني فتختل المصالح كما تختل عند دناءة النسب وقيل المراد من المهر قدر المعجل عرفا وعادة دون ما في الذمة لان ما في الذمة يتسامح فيه بالتاخير الى وقت اليسار ولا يطالب به للحال عادة والمال غاد ورائح وروي عن ابي يوسف انه اذا ملك النفقة يكون كفوا وان لم يملك المهر هكذا روى الحسن بن ابي مالك عنه فانه روى عنه انه قال سألت ابا يوسف عن الكفو فقال الذي يملك المهر والنفقة فقلت له فان كان يملك المهر دون النفقة فقال لا يكون كفوا فقلت له ان ملك النفقة دون المهر فقال يكون كفوا وانما كان كذلك لان المرء يعد قادرا على المهر بقدرة ابيه عادة ولهذا لم يجز دفع الزكاة الى ولد الغني اذا كان صغيرا وان كان فقيرا في نفسه لانه يعد غنيا بمال ابيه ولا يعد قادرا على النفقة بغنى ابيه لان الاب يتحمل المهر الذي على ابنه ولا يتحمل نفقة زوجته عادة وقال بعضهم اذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فانه يكون كفوا وان كان لا يملك من المال الا قدر النفقة لما ذكرنا ان المهر تجري فيه المسامحة بالتاخير الى وقت اليسار والمال يغدو ويروح وحاجة المعيشة تندفع بالنفقة والمال يغدو ويروح

فصل ومنها الدين في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى حتى ان المراة اذا كانت من بنات الصالحين وزوجت نفسها من فاسق كان للاولياء حق الاعتراض عليها لان التفاخر بالدين احق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعيير بالفسق اشد وجوه التعيير وقال محمد لا تعتبر الكفاءة في الدين لان هذا من امور الاخرة والكفاءة من احكام الدنيا فلا يقدح فيها الفسق الا اذا كان شيئا فاحشا بان كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه ويصفع فان كان ممن يهاب بان كان اميرا قتالا يكون كفوا لان هذا الفسق لا يعد شينا في العادة فلا يقدح في الكفاءة وقال بعضهم ان الفاسق ان كان معلنا لا يكون كفوا وان كان مستترا يكون كفوا

وعن ابي يوسف صح

فصل واما الحرفة فقد ذكر الكرخي ان الكفاءة في الحرف والصناعات معتبرة عند ابي يوسف فلا يكون الحائك كفوا للجوهري والصيرفي وذكر ان ابا حنيفة رحمه الله بنى الامر فيها على عادة العرب ان مواليهم يعملون هذه الاعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها واجاب ابو يوسف على عادة اهل البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة فيعيرون بالدني من الصنائع فلا يكون بينهما خلاف في الحقيقة وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اعتبار الكفاءة في الحرفة ولم يذكر الخلاف فتثبت الكفاءة بين

المحترفين

المحترفين من جنس واحد كالبزاز مع البزاز والحائك مع الحائك وتثبت عند اختلاف جنس الحرف اذا كان يقارب بعضها بعضا كالبزاز مع الصائغ والصائغ مع العطار والحائك مع الحجام والحجام مع الدباغ ولا تثبت فيما لا مقاربة بينهما كالعطار مع البيطار والبزاز مع الحداد وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير ان الكفاءة في الحرفة معتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف غير معتبرة الا ان تكون فاحشة كالحياكة والحجامة والدباغة ونحو ذلك لانها ليست بامر لازم واجب الوجود الا ترى انه يقدر على تركها وهذا اشكل بالحياكة وانحو فانه قادر على تركها ومع هذا يقدح في الكفاءة والله الموفق واهل الكفر بعضهم اكفا لبعض لان اعتبار الكفاءة لدفع النقيصة ولا نقيصة اعظم من الكفر

انها

فصل واما بيان من تعتبر له الكفاءة فالكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال على معنى انه تعتبر الكفاءة في جانب الرجال للنساء ولا تعتبر في جانب النساء للرجال لان النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة وكذا الذي شرعت له الكفاءة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم لان المراة هي التي تستنكف لا الرجل لانها هي المستفرشة فاما الزوج فمستفرش فلا تلحقه الانفة من قبلها ومن مشايخنا من قال الكفاءة من جانب النساء معتبرة ايضا عند ابي يوسف ومحمد استدلالا بمسئلة ذكرها في الجامع الصغير في باب الوكالة وهي ان اميرا امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره قال جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز ولا دلالة له في هذه المسئلة على ما زعموا لان عدم الجواز عندهما يحتمل ان يكون لمعنى اخر وهو ان من اصلهما ان التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة فينصرف الى المتعارف كما في التوكيل بالبيع المطلق ومن اصل ابي حنيفة رحمه الله انه يجري على اطلاقه في غير موضع الضرورة والتهمة فيحتمل ان يكون عدم الجواز عندهما لا لاعتبار الكفاءة في تلك المسئلة خاصة حملا للمطلق على المتعارف كما هو اصلهما اذ المتعارف هو التزوج بالكفو فاستحسنا اعتبار الكفاءة في جانبهن في مثل تلك الصورة لمكان العرف والعادة وقد نص محمد رحمه الله على القياس والاستحسان في تلك المسئلة في وكالة الاصل فلم تكن هذه المسئلة دليلا على اعتبار الكفاءة في جانبهن اصلا عندهما ولا يكون دليلا على ذلك الاطلاق بل في تلك الصورة خاصة استحسانا للعرف ولو اظهر رجل نسبه لامراة فزوجت نفسها منه ثم ظهر نسبه على خلاف ما اظهره فالامر لا يخلو اما ان يكون المكتوم مثل المظهر واما ان يكون اعلا منه واما ان يكون دون فان كان مثله بان اظهر انه تيمي ثم ظهر انه عدوي فلا خيار لها لان الرضا بالشي يكون رضا بمثله وان كان اعلا منه بان اظهر انه عربي ثم ظهر انه قرشي فلا

المعنى

خار لها ايضا لان الرضى بالادنى يكون رضا بالاعلى من طريق الاولى وعن الحسن بن زياد
ان لها الخيار لان الاعلى لا يحتمل منها ما يحتمل الادون فلا يكون الرضا منها بالمظهر
رضا بالاعلى منه وهذا غير سديد لان الظاهر انها ترضى بالكفوء وان كان الكفوء لا
يحتمل منها ما يحتمل غير الكفوء لان غير الكفوء ضرره اكثر من نفعه فكان الرضى بالمظهر
رضى بالاعلى منه بطريق الاولى وان كان ادون منه بان اظهر انه قرشي فظهر انه عربي
فلها الخيار وان كان كفوا لها بان كانت المراة عربية لانها انما رضيت بشرط الزيادة
وهي زيادة مرغوب فيها ولم تحصل فلا تكون راضية بدونها فكان لها الخيار وروي
انه لا خيار لها لان الخيار لدفع النقيصة ولا نقيصة لانه كفو لها هذا اذا فعل الرجل
ذلك فاما اذا فعلت المراة بان اظهرت امراة نسبها لرجل فتزوجها ثم ظهر بخلاف
ما اظهرت فلا خيار للزوج سواء تبين انها حرة او امة لان الكفاءة في جانب النسا
غير معتبرة **فصل** ويتصل بهذا ما اذا تزوج رجل امراة على انها حرة
فولدت منه ثم اقام رجل البينة على انها امته فان المولى بالخيار ان شا اجاز
النكاح وان شا ابطله لان النكاح حصل بغير اذن المولى فتوقف على اجازته ويغرم
العقر لانه وطي جارية غير مملوكة له حقيقة فلا يخلو عن عقوبة او غرامة ولا سبيل
الى ايجاب العقوبة للشبهة فتجب الغرامة واما الولد فان كان المغرور حرا فالولد
حر بالقيمة لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روي عن عمر رضي الله عنه
انه قضى بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون
اجماعا ولان الاستيلاد حصل بنا على ظاهر النكاح اذ لا علم للمستولد بحقيقة الحال
فكان المستولد مستحقا للنظر والمستحق مستحق للنظر ايضا لانه ظهر كون الجارية ملكا
له فيجب مراعاة الحقين بقدر الامكان فراعينا حق المستولد في صورة الاولاد
وحق المستحق في معنى الاولاد رعاية للجانبين بقدر الامكان ونعتبر قيمته
يوم الخصومة لانه وقت وجود سبب وجوب الضمان وهو منع الولد عن المستحق له
لانه علق عبدا في حقه ومنع عنه يوم الخصومة ولو مات الولد قبل الخصومة
لا يغرم قيمته لان الضمان يجب بالمنع ولم يوجد المنع من المغرور ولانه لا صنع له في
موته وان كان للابن مال فهو ميراث لابيه لانه ابنه وقد مات حرا فيرثه ولا ترك صح
يغرم للمستحق شيا لان الميراث ليس ببدل عن الميت وان كان الابن قتله رجل واخذ
الاب الدية فانه يغرم قيمته للمستحق لان الدية بدل عن المقتول فيقوم مقامه كانه حي
وان كان رجل ضرب بطن الجارية فالقت جنينا ميتا يغرم الضارب الغرة خمسماية
ثم يغرم المستولد للمستحق فان كان الولد ذكرا فنصف عشر قيمته وان كان انثى
فعشر قيمتها وان كان المغرور عبدا فالاولاد يكونون ارقا للمستحق في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يكونون احرارا ويكونون اولاد المغرور **وجه قول محمد**

النهر

ان هذا ولد المغرور حقيقة لا خلافه من مايه وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة
رضي الله عنهم ولهما ان القياس ان يكون الولد ملك المستحق لان الجارية تبين انها
ملكه فتبين ان الولد حدث على ملكه لان الولد يتبع الام في الرق والحرية الا انا
تركنا القياس باجماع الصحابة وهم انما قضوا بحرية الولد في المغرور الحر فبقي
الامر في غيره مردودا الى اصل القياس ثم المغرور هل يرجع بما غرم على
الغار فالغار لا يخلو اما ان يكون اجنبيا واما ان يكون مولى الجارية فان كان — رجوع المغرور — واما ان يكون هو الجارية صح
اجنبيا فان كان حرا فغره بان قال له تزوج بها فانها حرة او لم يامره بالتزوج
ولكنه زوجها منه فانه يرجع على الغار بقيمة الاولاد لانه صار ضامنا له ما — على انها حرة او قال هي حرة وزوجها صح
لحقه من الغرامة في ذلك النكاح فيرجع عليه بحكم الضمان ولا يرجع عليه بالعقر
لانه ضمنه بفعل نفسه فلا يرجع على احد ولو قال هي حرة ولم يامره بالتزوج ولم
يزوجها منه لا يرجع على المخبر بشي لان معنى الضمان والالتزام لا يتحقق بهذا القدر
وان كان الغار عبدا للرجل فان كان مولاه لم يامره بذلك يرجع عليه بعد
العتاق وان كان امره بذلك يرجع عليه للحال الا اذا كان مكاتبا او مكاتبة
فانه يرجع عليه بعد العتاق لان امر المولى بذلك لا يصح واذا كان المولى هو
الذي غره فلا يضمن المغرور من قيمة الاولاد شيا لانه لو ضمن للمولى لكان
له ان يرجع على المولى بما ضمن فلا يفيد وجوب الضمان وان كانت الامة هي
التي غرته فان كان المولى لم يامرها بذلك فان المغرور يرجع على الامة بعد
العتاق لا للحال لانه دين لم يظهر في حق المولى وان كان امرها بذلك يرجع على
الامة للحال لانه ظهر وجوبه في حق المولى هذا اذا غره احد اما اذا لم يغره
احد ولكنه ظن انها حرة فتزوجها فاذا هي امة فانه لا يرجع بالعقر على احد لما
قلنا والاولاد ارقا لمولى الامة لان الجارية ملكه والله اعلم **فصل** — على ما بينا صح
ومنها كال مهر المثل في نكاح الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كفو بغير رضا
الاوليا في قول ابي حنيفة رحمه الله حتى لو زوجت نفسها من كفو باقل من مهر مثلها
مقدارا ما لا يتغابن الناس فيه بغير رضى الاوليا فللاوليا حق الاعتراض عنده
فاما ان يبلغ الزوج الى مهر مثلها او يفرق بينهما وعند ابي يوسف ومحمد هذا ليس
بشرط ويلزم النكاح بدونه حتى لا يثبت للاوليا حق الاعتراض وهاتان المسلتان
اعني هذه المسلة والمسلة المتقدمة عليها وهي ما اذا زوجت نفسها من غير كفو
وبغير رضا الاوليا لا شك انهما تتفرعان على اصل ابي حنيفة وزفر واحدى الروايتين
عن ابي يوسف ورواية الرجوع عن محمد الى ان النكاح جائز واما على اصل محمد في ظاهر
الرواية عنه واحدى الروايتين عن ابي يوسف فلا يجوز هذا النكاح فيشكل التفريع
فتصور المسلة فيما اذا اذن الولي لها بالتزويج فزوجت نفسها من غير كفو او من

كفوء باقل من مهر مثلها وذكر في الاصل صورة اخرى وهي ما اذا اكره الولي والمراة على النكاح
من غير كفوء او من كفوء باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه ففي المسئلة الاولى لكل واحد منهما
اعني الولي والمراة حق الاعتراض وان رضي احدهما لا يبطل حق الاخر وفي المسئلة الثانية
لها حق الاعتراض فان رضيت بالنكاح والمهر فللولي ان يفسخ في قول ابي حنيفة وفي قول
محمد وابي يوسف الاخير ليس له ان يفسخ وتصور المسئلة على اصل الشافعي فيما اذا امر
الولي رجلا بالتزويج فزوجها من غير كفوء برضاها او من كفوء بمهر قاصر برضاها
وجه قول ابي يوسف ومحمد ان المهر حقها على الخلوص كالثمن في البيع والاجرة
في الاجارة فكانت هي بالنقص متصرفة في خالص حقها فيصح ويلزم كما اذا ابرأت
زوجها عن المهر ولهذا جاز الابراء عن الثمن في باب البيع والبيع بثمن بخس كذا هنا ولابي
حنيفة ان للاولياء حقا في المهر لانهم يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون ببخسه فيلحقهم الضرر
بالبخس وهو ضرر التعيير فكان لهم دفع الضرر عن انفسهم بالاعتراض ولهذا اثبت لهم
حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة كذا هنا ولانها بالبخس عن مهر مثلها اضرت بنساء
قبيلتها لان مهور مثلهن عند تقادم العهد يعتبر بها فكانت بالنقص ملحقة الضرر بالقبيلة
فكان لهم دفع هذا الضرر عن انفسهم بالفسخ والله تعالى اعلم **فصل** ومنها
خلو الزوج عن عيب الجب والعنة عند عدم الرضى من الزوجة بها عند عامة العلما
وقال بعضهم عيب العنة لا يمنع لزوم النكاح **واحتجوا** بما روي ان امراة رفاعة
اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني كنت تحت رفاعة فطلقني
اخر التطليقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير فوالله ما وجدت معه الا
مثل هذه الهدبة فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لعلك تريدين ان ترجعي
الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك **ووجه** الاستدلال ان تلك
المراة ادعت العنة على زوجها ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يثبت لها الخيار
ولو لم يقع النكاح لازما لاثبت ولان هذا العيب لا يوجب فوات المستحق بالعقد
بيقين فلا يوجب الخيار كسائر انواع العيوب بخلاف الجب فانه يفوت المستحق بالعقد بيقين
ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه انه قال في
العنين انه يؤجل سنة فان قدر عليها والا اخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما
وعليها العدة وروي عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه مثله وروي عن علي رضي
الله عنه انه قال يؤجل سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما فكان قضاؤهم بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهم احد منهم فيكون اجماعا ولان الوطي مرة واحدة
مستحق على الزوج للمراة بالعقد وفي الزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت
المستحق بالعقد عليها وهذا اضرار بها وظلم في حقها وقد قال الله تعالى ولا يظلم ربك
احدا وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فيؤدي الى التناقض

وذلك

وذلك محال ولان الله تعالى اوجب على الازواج الامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان
(في الهامش: بقوله فامساك بمعروف او تسريح باحسان ومعلوم ان استبقاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الامساك بالمعروف في شيء فتعين عليه التسريح بالاحسان م)
فان سرح بنفسه والا ناب القاضي منابه في التسريح ولان المهر عوض في عقد النكاح
والعجز عن الوصول اليها يوجب عيبا في العوض لانه يمنع من التاكد بيقين لجواز ان يختصما
الى قاض لا يرى تأكد المهر بالخلوة فيطلقها ويعطيها نصف المهر فيتمكن في المهر عيب
وهو عدم التأكد بيقين والعيب في العوض يوجب الخيار كما في البيع ولا حجة لهم
في الحديث لان تلك المقالة منها لم تكن دعوى العنة بل كانت كناية عن معنى اخر وهو
صغر القضيب والاعتبار بسائر العيوب لا يصح لانها لا توجب فوات المستحق بالعقد
لما نذكر في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وهذا يوجب ظاهرا وغالبا لان العجز
يتقرر بعدم الوصول في مدة السنة ظاهرا فيفوت المستحق بالعقد ظاهرا فبطل
الاعتبار واذا عرفت هذا فاذا رفعت المراة زوجها وادعت انه عنين وطلبت
الفرقة فان القاضي يسأله هل وصل اليها او لم يصل فان اقر انه لم يصل اليها اجله
سنة سواء كانت المراة بكرا او ثيبا وان انكر وادعى الوصول اليها فان كانت المراة
ثيبا فالقول قوله مع يمينه انه وصل اليها لان الثيابة دليل الوصول في الجملة
والمانع من الوصول من جهته عارض اذ الاصل هو السلامة عن العيب فكان الظاهر
شاهدا له الا انه يستحلف دفعا للتهمة وان قالت انا بكر نظر اليها النساء وامراة
واحدة تجزي لان البكارة باب لا يطلع عليه الرجال فشهادة النساء بانفرادهن
في هذا الباب مقبولة للضرورة فتقبل فيه شهادة الواحدة كشهادة القابلة
على الولادة ولان الاصل حرمة النظر الى العورة هو العزيمة لقوله تعالى وقل
للمؤمنات يغضضن من ابصارهن والرخصة يصير مقضيا بالواحدة ولان الاصل
ان ما قبل قول النساء فيه بانفرادهن لا يشترط فيه العدد ذكره في الاخبار عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم والثنتان اوثق لان غلبة الظن بخبر العدد اقوى فان
قلن هي ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه لما قلنا وان قلن انها بكر فالقول قولها
(في الهامش: من غير يمين م)
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان القول قولها لان البكارة فيها اصل
وقد تقوت بشهادتهن لشهادة الاصل واذا ثبت انه لم يصل اليها اما باقرار او بظهور
البكارة اجله القاضي حولا لانه تثبت عنته والعنين يؤجل سنة لاجماع الصحابة
على ذلك ولان عدم الوصول قبل التاجيل يحتمل ان يكون للعجز عن الوصول ويحتمل ان
يكون لبغضه اياها مع القدرة على الوصول فيؤجل حتى لو كان عدم الوصول للبغض
يطأها في المدة ظاهرا وغالبا دفعا للعار والشين عن نفسه وان لم يطأها حتى مضت
المدة نعلم ان عدم الوصول كان للعجز واما التاجيل سنة فلان العجز عن الوصول
يحتمل ان يكون خلقة ويحتمل ان يكون لبغضه اياها مع القدرة على الوصول فيؤجل حتى لو
كان عدم الوصول لما من داء او طبيعة غالبة من الحرارة او البرودة او الرطوبة او

تشتمل على الطبائع الاربعة

او اليبوسة والسنة مشتملة على الفصول الاربعة والفصول الاربعة فيؤجل سنة لما عسى يوافقه
بعض فصول السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول وروي عن عبد الله بن نوفل انه قال
يؤجل عشرة اشهر وهذا القول مخالف لاجماع الصحابة فانهم اجلوا العنين سنة وقد
اختلف الناس في عبد الله بن نوفل انه صحابي او تابعي فلا يقدح خلافه في الاجماع مع
الاحتمال ولان التاجيل سنة لرجاء الوصول في الفصول الاربعة ولا تكمل الفصول الا في
سنة تامة ثم يؤجل سنة شمسية بالايام او قمرية بالاهلة ذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي ان في ظاهر الرواية يؤجل سنة قمرية بالاهلة قال وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه يؤجل سنة شمسية وحكى الكرخي عن اصحابنا انهم قالوا يؤجل سنة شمسية ولم
يذكر الخلاف وجه هذا القول وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ان الفصول الاربعة
لا تكمل الا بالسنة الشمسية لانها تزيد على القمرية بايام فيحتمل زوال العارض في المدة
التي بين الشمسية والقمرية فكان التاجيل بالسنة الشمسية اولى ولظاهر الرواية
الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس
والحج جعل الله تعالى بفضله ورحمته الهلال معرفا للخلق الاجال والاوقات والمدد
ومعرفا وقت الحج لانه لو جعل معرفة ذلك بالايام لاشتد حساب ذلك عليهم ولتعذر
عليهم معرفة السنين والشهور والايام واما السنة فما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم خطب في الموسم وقال في خطبته الا ان الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله
السموات والارض السنة اثنا عشر شهرا اربعة حرم ثلاث متواليات ذو القعدة
وذو الحجة والمحرم ورجب مضر الذي بين جمادى وشعبان والشهر في اللغة اسم
للهلال يقال رايت الشهر اي رايت الهلال وقيل سمي الشهر شهرا لشهرته والشهرة
للهلال فكان تاجيل الصحابة رضي الله عنهم العنين سنة والسنة اثنا عشر شهرا والشهر
اسم للهلال تاجيلا بالهلالية وهي السنة القمرية ضرورة واول السنة حين يترافعان
ولا يحتسب على الزوج ما قبل ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى شريح ان يؤجل
العنين سنة من يوم يرتفع اليه ولما ذكرنا ان عدم الوصول قبل التاجيل يحتمل ان يكون
للعجز ويحتمل ان يكون لكراهيته اياها مع القدرة على الوصول فاذا اجله الحاكم فالظاهر انه
لا يمتنع عن وطئها الا للعجز خشية العار والشين فاذا اجل سنة فشهر رمضان وايام الحيض
محتسبة عليه ولا يجعل له مكانها لان الصحابة رضي الله عنهم اجلوا العنين سنة واحدة مع
علمهم بان السنة لا تخلو عن شهر رمضان ومن زمان الحيض فلو لم يكن محسوبا من المدة لاجلوا
زيادة على سنة ولو مرض الزوج في المدة مرضا لا يستطيع معه الجماع او مرضت هي فان
استوعب المرض السنة كلها يستانف له سنة اخرى وان لم يستوعب فقد روى ابن سماعة
عن ابي يوسف ان المرض ان كان اقل من نصف شهر احتسب به عليه وان كان اكثر من نصف
شهر لم يحتسب عليه بهذه الايام وجعل له مكانها وكذلك الغيبة وروى ابن سماعة عنه

هل

ثلاثة سرد وواحد فرد م

ذلك صح

نصف شهر او ص

رواية

رواية اخرى انه اذا صح في السنة يوما او يومين او صحت هي احتسب عليه من السنة وروى
ابن سماعة عن محمد ان المرض ان كان اقل من شهر احتسب به عليه وان كان شهرا فصاعدا
لا يحتسب عليه ايام المرض ويجعل له مكانها والاصل في هذا ان قليل المرض مما لا يمكن
اعتباره لان الانسان لا يخلو عن ذلك عادة ويمكن اعتبار الكثير فجعل ابو يوسف
على احدى الروايتين وهي الرواية الصحيحة عنه نصف الشهر وما دونه قليلا
والاكثر من النصف كثيرا استدلالا بشهر رمضان فانه محسوب عليه ومعلوم انه انما
يقدر على الوطء في الليالي دون النهار والليالي دون الايام تكون نصف الشهر فكان
ذلك دليلا على ان المانع اذا كان نصف شهر يعتد به وهذا الاستدلال يوجب الاعتداد
بالنصف فما دونه اما لا ينفي الاعتداد بما فوقه واما على الرواية الاخرى فنقول انه
لما صح زمانا يمكن الوطء فيه فاذا لم يطا فالتقصير جاء من قبله فيجعل كانه صح جميع
السنة بخلاف ما اذا مرض جميع السنة لانه لم يجد زمانا يتمكن من الوطء فيه فتعذر
الاعتداد بالسنة في حقه ومحمد رحمه الله جعل ما دون الشهر قليلا والشهر فصاعدا
كثيرا لان الشهر ادنى الاجل واقصى العاجل فكان في حكم الكثير وما دونه في حكم
القليل وقال ابو يوسف ان حجت المراة حجة الاسلام بعد التاجيل لم يحتسب على الزوج
مدة الحج لانه لا يقدر على منعها من حجة الاسلام شرعا فلم يتمكن من الوطء منها شرعا
وان حج الزوج احتسبت المدة عليه لانه يقدر على ان يخرجها مع نفسه او يؤخر الحج
لان جميع العمر وقته وقال محمد ان خاصمته وهو محرم يؤجل سنة بعد الاحلال لانه
لا يتمكن من الوطء شرعا مع الاحرام فتبتدا المدة من وقت يمكنه الوطء شرعا وهو
ما بعد الاحلال وان خاصمته وهو مظاهر فان كان يقدر على الاعتاق اجل سنة
من حين الخصومة لانه اذا كان قادرا على الاعتاق كان قادرا على الوطء بتقديم
الاعتاق كالمحدث قادر على الصلاة بتقديم الطهارة وان كان لا يقدر على ذلك
اجل اربعة عشر شهرا لانه يحتاج الى تقديم صوم شهرين ولا يمكنه الوطء فيهما فلا
يعتد بهما من الاجل ثم يمكنه الوطء بعدهما فان اجل سنة وليس بمظاهر ثم ظاهر في
السنة لم يزد على المدة لانه كان يقدر على ترك الظهار فلما ظاهر فقد منع نفسه عن
الوطء باختياره فلا يجوز اسقاط حق المراة وان كانت امراة العنين رتقاء او قرناء
لا يؤجل لانه لا حق للمراة في الوطء لوجود المانع من الوطء فلا معنى للتاجيل
وان كان الزوج صغيرا لا يجامع مثله والمراة كبيرة ولم تعلم المراة فطالبت
بالتاجيل لا يؤجل بل ينتظر الى ان يدرك فاذا ادرك يؤجل سنة لانه اذا كان
لا يجامع لا يفيد التاجيل ولان حكم الفرقة وفرقة العنين طلاق والصبي لا يملك
الطلاق ولان للصغير زمانا يوجد منه الوطء فيه ظاهرا وغالبا وهو ما بعد
البلوغ فلا يؤجل للحال وان كان الزوج كبيرا مجنونا فوجدته قالوا انه لا يؤجل

فما دونه م

فيه ص

شيء

التاجيل انما يصح اليها في المدة هو ثبوت خيارها م

عنينا

كما ذكر الكرخي لان التاجيل للتفريق عندهم عند عدم الوصول وفرقة العنين طلاق
والمجنون لا يملك الطلاق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ينتظر حولا
ولا ينتظر الى افاقته بخلاف الصبي لان الصغر مانع من الوصول فيستانى الى ان يزول
الصغر ثم يوجل سنة فاما الجنون فلا يمنع من الوصول لان المجنون يجامع فيوجل للحال
والصحيح ما ذكره الكرخي انه لا يوجل اصلا لما ذكرنا واذا مضى اجل العنين فسال
القاضي ان يوجله سنة اخرى لم يفعل الا برضا المراة لانه قد ثبت لها حق التفريق
وفي التاجيل تاخير حقها فلا يجوز من غير رضاها ثم اذا اجل العنين سنة وتمت المدة
فان اتفقا على انه قد وصل اليها فهي زوجته ولا خيار لها وان اختلفا وادعت
انه لم يصل اليها وادعى الزوج الوصول فان كانت المراة ثيبا فالقول قوله مع
يمينه لما ذكرنا وان وقع للنسا شك في امرها فانها تمتحن واختلف المشايخ في طريق
الامتحان قال بعضهم تومر بان تبول على الجدار فان امكنها ان ترمي ببولها الى
الجدار فهي بكر والا فهي ثيب وقال بعضهم تمتحن ببيضة الديك فان وسعت فيها
فهي ثيب وان لم تسع فيها فهي بكر واذا ثبت انه لم يطاها اما باعترافه او بظهور
البكارة فان القاضي يخيرها لان الصحابة رضي الله عنهم خيروا امراة العنين
ولنا فيهم قدوة فان شات اختارت الفرقة وان شات اختارت الزوج اذا
اجتمعت شرايط ثبوت الخيار وفي بيان حكم الخيار وفي بيان ما يبطله والله اعلم
فصل اما شرايط الخيار فمنها عدم الوصول الى هذه المراة اصلا
وذا شيا في هذا النكاح حتى لو وصل اليها مرة واحدة فلا خيار لها لانه وصل
اليها حقها بالوطي مرة واحدة والخيار لتفويت الحق المستحق ولم يوجد فان
وصل الى غير امراته التي اجل لها او كان وصل الى غيرها قبل ان تزوجها ثم وصوله
الى غيرها لا يبطل حقها في التاجيل والخيار ومنها ان لا تكون عالمة بالعيب
وقت النكاح حتى لو تزوجت وهي تعلم انه عنين فلا خيار لها لانها اذا كانت
عالمة بالعيب لدى التزوج فقد رضيت بالعيب كالمشتري اذا كان عالما بالعيب
وقت البيع والرضى بالعيب يمنع الرد كما في البيع وغيره فان تزوجت وهي لا تعلم
ثم وصل اليها مرة ثم عن ففارقته ثم تزوجته بعد ذلك فلم يصل اليها فلها الخيار
لان العجز لم يتحقق فلم تكن راضية بالعيب والوصول في احد العقدين لا يبطل حقها
في العقد الثاني فان اجله القاضي فلم يصل ففرق بينهما ثم تزوجها فلا خيار لها
لان العيب قد تقرر لعدم الوصول في المدة فتقرر العجز فكان التزوج بعد
استقرار العيب والعلم به دليل الرضى بالعيب **فصل** واما حكم الخيار
فهو تخيير المراة بين الفرقة وبين النكاح ان شات اختارت الفرقة وان شات
اختارت الزوج فان اختارت المقام مع الزوج بطل حقها وان لم يكن لها

خصومة

لما قلنا واذا كانت بكرا نظر اليها النسا فان قلن هي بكر فالقول قولها وان قلن هي ثيب فالقول قوله ص

والكلام في الخيار يقع في مواضع في بيان شرائط الخيار صح لع

لانه لم يصل اليها حقها فكان لها التاجيل والخيار ص

خصومة في هذا النكاح ابدا لما ذكرنا انها رضيت بالعيب فسقط خيارها وان اختارت
الفرقة فرق القاضي بينهما كذا ذكر الكرخي ولم يذكر الخلاف وظاهر هذا الكلام
يقتضي انه لا تقع الفرقة بنفس الاختيار وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
انه تقع الفرقة بنفس الاختيار في ظاهر الرواية ولا يحتاج الى القضا كخيار المعتقة
وخيار المخيرة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا تقع الفرقة ما لم يفرق القاضي
فرقت بينكما وجعله بمنزلة خيار البلوغ هكذا ذكر وذكر في بعض المواضع ان
قول ابي حنيفة ما روى الحسن عنه ~~وما ذكره الحسن عنه~~ وما ذكر في ظاهر
الرواية قولهما **وجه** رواية الحسن ان هذه الفرقة فرقة بطلاق بلا خلاف
بين اصحابنا وانما المخالف فيه الشافعي فانها فسخ عنده والمسلة تذكر في موضعها
من هذا الكتاب ان شا الله تعالى والمراة لا تملك الطلاق وانما يملكه الزوج
الا ان القاضي يقوم مقام الزوج ولان هذه فرقة تختص بسببها القاضي وهو
التاجيل لان التاجيل لا يكون الا من القاضي فكذا الفرقة المتعلقة كفرقة
اللعان **وجه** المذكور في ظاهر الرواية ان تخيير المراة من القاضي تفويض
الطلاق اليها فكان اختيارها الفرقة تفريقا من القاضي من حيث المعنى لانها
والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج وهذه الفرقة تكون تطليقة باينة
لان الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوج لا يتوقع منه ايفاؤها حقها دفعا
للظلم والضرر عنها وذا لا يحصل الا بالباين لانه لو كان رجعيا يراجعها
الزوج من غير رضاها فيحتاج الى التفريق ثانيا وثالثا فلا يفيد التفريق
فايدته ولها المهر كاملا وعليها العدة بالاجماع ان كان الزوج قد خلا بها
وان كان لم يخل بها فلا عدة عليها ولها نصف المهر ان كان مسمى والمتعة ان لم يكن
مسمى واذا فرق القاضي بالعنة ووجبت العدة فجات بولد ما بينها وبين سنتين
لزمه الولد لان المعتدة اذا جات بولد من وقت الطلاق الى سنتين يثبت النسب
لان الحكم بوجوب العدة حكم بشغل الرحم وشغل الرحم ممتد الى سنتين عندنا فيثبت
النسب الى سنتين عندنا فان قال الزوج كنت قد وصلت اليها فان ابا يوسف
قال يبطل الحاكم الفرقة ولكن بالولد شاهدا ومعنى هذا الكلام انه لما ثبت النسب
فقد ثبت الدخول وانه يوجب بطلان الفرقة ولانه لو شهد شاهدان بالدخول
بعد تفريق القاضي لا تبطل الفرقة فكذا اذا ثبت النسب لان شهادة النسب على
الدخول اقوى من شهادة شاهدين عليه وكذلك لو فرق القاضي بينها وبين المجبوب
فجات بولد بينها وبين سنتين ثبت نسبه لان خلوة المجبوب توجب العدة والنسب
يثبت من المجبوب الا انه لا تبطل الفرقة ها هنا لان ثبوت النسب في المجبوب لا يدل
على الدخول لانه لا يتصور منه حقيقة وانما يقذف بالماء فكان العلوق بقذف الما

فاذا لم يثبت الدخول لا تبطل الفرقة فان فرق بالعنة فاقام الزوج البينة على اقرار
المراة قبل الفرقة انه وصل اليها ابطل الفرقة لان الشهادة على اقرارها بمنزلة اقرارها
عند القاضي ولو كانت اقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة وكذا اذا شهد على
اقرارها فان اقرت بعد الفرقة انه كان وصل اليها قبل الفرقة لم تبطل الفرقة
لان اقرارها يتضمن ابطال قضاء القاضي فلا يصدق على القاضي في ابطال قضائه
فلا يقبل وان كان زوج الامة عنينا فالخيار في ذلك الى المولى عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال زفر الخيار الى الامة **وجه** قوله ان الخيار انما يثبت لفوات
الوطي وذلك حق الامة فكان الخيار اليها كالحرة ولهما ان المقصود من الوطي
هو الولد والولد ملك المولى ولان اختيار الفرقة والمقام مع الزوج تصرف
منها على نفسها ونفسها بجميع اجزائها ملك المولى فكان ولاية التصرف له والله اعلم

فصل واما بيان ما يبطل به الخيار فما يبطل به الخيار نوعان نص
ودلالة فالنص هو التصريح باسقاط الخيار وما يجري مجراه نحو ان تقول اسقطت
الخيار او رضيت بالنكاح او اخترت الزوج ونحو ذلك سوا كان ذلك بعد تخيير
القاضي او قبله والدلالة هي ان تفعل ما يدل على الرضى بالمقام مع الزوج بان
خيرها القاضي فاقامت مع الزوج مطاوعة له في المضاجعة وغير ذلك لان
ذلك دليل الرضى بالنكاح والمقام مع الزوج ولو فعلت ذلك بعد مضي الاجل
قبل تخيير القاضي لم يكن ذلك رضى لان اقامتها معه بعض المدة قد يكون لاختياره
وقد يكون للاختبار لحاله فلا يكون ذلك دليل الرضى مع الاحتمال وهل يبطل
خيارها بالقيام عن المجلس ذكر الكرخي ان ابن سماعة وبشر اقالا عن ابي يوسف
اذا خيرها الحاكم فاقامت معه او قامت من مجلسها قبل ان تختار او اقام الحاكم او
اقامها عن مجلسها بعض اعوان القاضي ولم تقل شيا فلا خيار لها وهذا يدل على
ان خيارها يتقيد بالمجلس وهو مجلس التخيير ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي في شرحه
مختصر الطحاوي انه لا يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف ومحمد
انهما قالا يقتصر على المجلس كخيار المخيرة **وجه** ما روي عن ابي يوسف ومحمد
ان تخيير القاضي ها هنا قائم مقام تخيير الزوج ثم خيار المخيرة بتخيير الزوج يبطل
بقيامها عن المجلس فكذا خيار هذه وكذا اذا قام الحاكم عن المجلس قبل ان تختار لان
مجلس التخيير قد بطل بقيام الحاكم وكذا اذا اقامها عن مجلسها بعض اعوان القاضي
قبل الاختيار لانها كانت قادرة على الاختيار قبل الاقامة فدل امتناعها مع القدرة
على الرضى بالنكاح **وجه** ظاهر الرواية وهو الفرق بين هذا الخيار وبين خيار
المخيرة ان خيار المخيرة انما اقتصر على المجلس لان الزوج بالتخيير ملكها الطلاق اذ
المالك للشي هو الذي يتصرف فيه باختياره ومشيته فكان التخيير من الزوج تمليكا

للطلاق

هنا
للطلاق وجواب التمليك في المجلس عادة ولهذا اقتصر القبول على المجلس في البيع لما انها
والتخيير تفويض الطلاق وليس بتمليك لانه لا يملك الطلاق بنفسه لان الزوج ما ملكه
الطلاق وانما فوض اليه التطليق وولاه ذلك فيلي التفويض لا التمليك واذا
لم يملك بنفسه فكيف يملكه من غيره فهو الفرق بين التخييرين والله اعلم والموخذ
والخصي في جميع ما وصفنا كالعنين لوجود الالة في حقهما فكانا كالعنين وكذلك الخنثى
واما المجبوب فانه اذا عرف انه مجبوب اما باقراره او بالمس فوق الازار فان كانت
المراة عالمة بذلك وقت النكاح فلا خيار لها لرضاها بذلك وان لم تكن علمت به
فانها تخير للحال ولا يوجل حولا لان التاجيل لرجاء الوصول ولا رجا منه الوصول
فلم يكن التاجيل مفيدا فلا يوجل واذا اختارت الفرقة وفرق القاضي بينهما او لم يفرق
على الاختلاف الذي ذكرنا فلها كمال المهر وعليها العدة ان كان قد خلا بها في قول
ابي حنيفة وعندهما لها نصف المهر وعليها كمال العدة وان كان لم يخل بها فلها نصف
المهر ولا عدة عليها بالاجماع وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

فصل ولما خلو الزوج عن ما سوى هذه العيوب من الجب والعنة والتاخذ والخصا
والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح قال ابو حنيفة وابو يوسف ليس بشرط ولا
يفسخ النكاح به وقال محمد خلوه عن كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون
والجذام والبرص شرط لزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح وخلوه عما سوى ذلك
ليس بشرط وهو مذهب الشافعي رحمه الله **وجه** قول محمد ان الخيار في العيوب الخمسة
انما ثبت لدفع الضرر عن المراة وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لانها
من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار بتلك فلان يثبت بهذه اولى بخلاف
ما اذا كانت هذه العيوب في جانب المراة لان الزوج وان كان يتضرر بها لكنه
يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق لان الطلاق بيده والمراة لا يمكنها ذلك
لانها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر ولهما ان الخيار في تلك العيوب
ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطي مرة واحدة وهذا الحق
لم يفت بهذه العيوب لان الوطي يتحقق من الزوج مع هذه العيوب فلا يثبت الخيار
هذا في جانب الزوج واما في جانب المراة فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم
النكاح بلا خلاف بين اصحابنا حتى لا يفسخ النكاح بشي من العيوب الموجودة فيها وقال
الشافعي رحمه الله خلو المراة عن خمس عيوب بها شرط اللزوم ويفسخ النكاح بها
وهي الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن **واحتج** بما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال فر من المجذوم فرارك من الاسد والفسخ طريق الفرار
ولو لزمه النكاح لما امر بالفرار وروي انه عليه السلام تزوج بامراة فوجد بها بياضا
في كشحها فردها وقال لها الحقي باهلك ولو وقع النكاح لازما لما رد ولان مصالح

من القاضي ظهر

ان الخصية وهو عقد الرأة ازهر عن الوصول الى غيرها مختار

الخمسة م

وصرح م

النكاح لا تقوم مع هذه العيوب او تختل بها لان بعضها مما ينفر عنه الطباع السليمة
وهو الجنون والجذام والبرص فلا تحصل الموافقة ولا تقوم المصالح او تختل وبعضها
ما يمنع عن الوطي وهو الرتق والقرن وعامة مصالح النكاح يقف حصولها على الوطي
كالعفة عن الزنا والسكن والولد لا يحصل الا بالوطي ولهذا اثبت الخيار في العيوب الخمسة
كذا ههنا **ولنا** ان النكاح لا يفسخ بسائر العيوب فلا يفسخ بهذه العيوب ايضا لان
المعنى يجمعهما وهو ان العيب لا يفوت ما هو حكم هذا العقد من جانب المراة وهو
الازدواج الحكمي وملك الاستمتاع وانما يختل ويفوت به بعض ثمرات العقد وفوات
جميع ثمرات هذا العقد لا يوجب حق الفسخ بان مات احد الزوجين عقيب العقد
حتى يجب عليه كمال المهر ففوات بعضها اولى وهذا لان الحكم الاصلي للنكاح هو الازدواج
الحكمي وملك الاستمتاع شرع مؤكدا له والمهر يقابل ~~احداث الملك~~ ولا شك ان هذه
العيوب لا يمنع من الاستمتاع اما الجنون والجذام والبرص فلا يشكل وكذا الرتق
والقرن لان اللحم يقطع والقرن يكسر ويمكن الاستمتاع بواسطة هذا المعنى لم
يفسخ بسائر العيوب كذا هذا واما الحديث الاول فنقول بموجبه يجب الاجتناب
عنه والفرار يمكن بالطلاق لا بالفسخ وليس فيه تعيين طريق الاجتناب والفرار
واما الثاني فالصحيح من الرواية انه قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق
عندنا والكلام في الفسخ والرد المذكور فيه قول الراوي فلا يكون حجة او نحمله على
الرد بالطلاق عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض والله الموفق وخلو
النكاح عن خيار الرؤية ليس بشرط للزوم النكاح حتى لو تزوج امراة ولم يرها
لا خيار له اذا راها بخلاف البيع وكذا خلوه عن خيار الشرط سواء جعل الخيار
للزوج او للمراة او لهما ثلاثة ايام او اقل او اكثر حتى لو تزوج بشرط الخيار يبطل الشرط
وجاز النكاح **فصل** واما الثاني فشرط بقاء النكاح لازما فنوعان نوع يتعلق
بالزوج في نكاح زوجته ونوع يتعلق بالمولى في نكاح امته اما الذي يتعلق بالزوج
في نكاح زوجته فعدم تمليكه الطلاق منها او من غيرها بان يقول لامراته اختاري
او امرك بيدك ينوي الطلاق او طلقي نفسك او انت طالق ان شئت وكذا عدم
التعليق ليس بشرط والاضافة الى وقت لانه بالتمليك جعل النكاح بحال لا يتوقف
زواله على اختياره بعد الجعل فكذا التعليق والاضافة وهذا معنى عدم بقاء
النكاح لازما واما الذي يتعلق بالمولى في نكاح امته فهو ان لا يعتق امته
المنكوحة حتى لو اعتقها لا يبقى العقد لازما وكان لها الخيار وهو المسمى بخيار
العتاقة والكلام فيه في مواضع في بيان شرط ثبوت هذا الخيار وفي بيان وقت
ثبوته وفي بيان ما يبطل به اما الاول فلثبوت هذا الخيار شرائط منها وجود
النكاح وقت الاعتاق حتى لو اعتقها ثم زوجها من انسان فلا خيار لها لانعدام النكاح

وقت

احداث هذا الملك وبالفسخ لا يظهر ان احداث الملك لم يكن فلو ترتفع ما يقابله وهو المهر فلو يجوز الفسخ ص

انه ص

او يقول لرجل طلق امراتي ان شئت ص

~~وقت ثبوته وفي بيان ما يبطل به اما الاول فلثبوت هذا الخيار شرائط منها وجود~~
~~النكاح وقت الاعتاق حتى لو اعتقها ثم زوجها من انسان~~ الاعتاق ولو اعتقها ثم
زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ لا خيار العتق لما قلنا ومنها ان يكون النكاح
صحيحا حتى لو زوجت الامة نفسها من انسان بغير اذن مولاها ثم اعتقها المولى فلا
خيار لها واما كون الزوج رقيقا وقت الاعتاق فهل هو شرط ثبوت الخيار لها
قال اصحابنا ليس بشرط ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها عبدا او حرا وقال الشافعي
رحمه الله شرط ولا خيار لها اذا كان زوجها حرا واحتج بما روي عن عائشة رضي
الله عنها انها قالت زوج بريرة كان عبدا فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولو كان حرا ما خيرها وهذا انص في الباب والظاهر انها انما قالت سماعا من رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولان الخيار في العبد انما ثبت لدفع الضرر وهو ضرر عدم
الكفاءة وضرر لزوم نفقة الاولاد وضرر نقصان المعاشرة لكون العبد مشغولا
بخدمة المولى وشيء من ذلك لم يوجد في الحر فلا يثبت الخيار **ولنا** ما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة حين عتقت ملكت بضعك وروي
ملكت امرك وروي ملكت نفسك والاستدلال به من وجهين احدهما بنصه
والاخر بعلة النص اما الاول فهو انه صلى الله عليه وسلم خيرها حين عتقت
ومما روي ان زوجها كان حرا **فان قيل** روينا عن عائشة رضي الله عنها
ان زوجها كان عبدا فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج بهما **فالجواب**
ان ما روينا مثبت للحرية وما رويتم مبقي للرق والمثبت اولى لان البقاء
يكون باستصحاب الحال والثبوت يكون بناء على الدليل لا محالة فمن قال كان عبدا
احتمل انه اعتمد على الدليل لا محالة فصار كالمزكيين جرح احدهما شاهدا والاخر
زكاه فانه يؤخذ بقول الجارح لما قلنا كذا هذا ولان ما روينا موافق للقياس
وما رويتم مخالف له لما نذكر فالموافق للقياس اولى واما الثاني فهو ان النبي صلى
الله عليه وسلم جعل ملكها بضعها او امرها او نفسها علة لثبوت الخيار لها لانه اخبر انها
ملكت بضعها ثم اعقبه باثبات الخيار لها بحرف التعقيب وملكها نفسها مؤثر في دفع
الولاية في الجملة لان الملك اختصاص ولا اختصاص مع ولاية الغير والحكم اذا ذكر
عقيب وصف له اثر في الجملة في جنس ذلك الحكم في الشرع كان ذلك تعليقا لذلك
الحكم بذلك الوصف في اصول الشرع كما في قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما وقوله الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وكما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سها فسجد وروي ان ماعزا زنا فرجم ونحو ذلك
والحكم يتعمم بعموم العلة ولا يختص بخصوص المحل كما في سائر العلل الشرعية والعقلية
وزوج بريرة وان كان عبدا لكن النبي صلى الله عليه وسلم لما بنى الخيار فيه على معنى عام

التزوج نافذا

ذلك ص

فاختاري ص

استصحاب الحال ومن قال كان حرا بني الامر ص

الوجه ص

وهو ملك البضع يعتبر عموم المعنى لا خصوص المحل والله اعلم ولان بالاعتاق يزداد ملك
النكاح عليها لانه يملك عليها عقدة زائدة لم يكن يملكها قبل الاعتاق بناء على ان الطلاق معتبر
بالنساء على اصل اصحابنا والمسألة معروفة وذلك الاصل ولها ان لا ترضى بالزيادة لانها
تتضرر بها ولها ولاية دفع الضرر عن نفسها ولا يمكنها دفع الزيادة الا برفع اصل النكاح
فتثبت لها ولاية رفع النكاح وفسخه ضرورة دفع الزيادة وتخرج الجواب عن قوله
انه لا ضرر فيه لما بينا من وجه الضرر ولانه لو لم يثبت لها الخيار وبقي النكاح لازما
لادى ذلك الى ان يستوفي الزوج منافع بضع حرة جبرا ببدل استحقه غيرها بالعقد
وهذا لا يجوز كما لو كان الزوج عبدا ولان القول ببقاء هذا النكاح لازما يؤدي
الى استيفاء منافع بضع الحرة من غير بدل تستحقه الحرة وهذا لا يجوز لانها لا ترضى
باستيفاء منافع بضعها الا ببدل تستحقه هي ولو لم يثبت الخيار لها لصار الزوج ٥
مستوفيا منافع بضعها وهي حرة جبرا عليها من غير رضاها ببدل استحقه مولاها
وهذا لا يجوز لهذا المعنى ثبت لها الخيار اذا كان زوجها عبدا كذا اذا كان حرا وكذا
اختلف في ان كونها رقيقة وقت النكاح هل هو شرط ام لا قال ابو يوسف ليس
بشرط ويثبت لها الخيار سواء كانت رقيقة وقت النكاح فاعتقها المولى او كانت
حرة وقت النكاح ثم طرا عليها الرق فاعتقها حتى ان الحربية اذا تزوجت في دار
الحرب ثم سبيا معا ثم اعتقت فلها الخيار عنده وقال محمد هو شرط ولا خيار لها
وكذا المسلمة اذا تزوجت مسلما ثم ارتدا ولحقا بدار الحرب ثم سبيت وزوجها
معها فاسلما ثم اعتقت الامة فهو على هذا الاختلاف فمحمد رحمه الله فرق بين الرق
الطارئ على النكاح وبين المقارن اياه وابو يوسف سوى بينهما **وجه** الفرق
لمحمد انها اذا كانت رقيقة وقت النكاح فالنكاح ينعقد موجبا للخيار عند الاعتاق
واذا كانت حرة فنكاح الحرة لا ينعقد موجبا للخيار فلا يثبت الخيار بطريان الرق
بعد ذلك لانه لا يوجب خللا في الرضى ولابي يوسف ان الخيار يثبت بالاعتاق
لان زيادة الملك تثبت به لانها توجبه العتق والعتق موجب الاعتاق ولا
يثبت بالنكاح لان النكاح السابق ما انعقد موجبا للزيادة لانه صادف الامة
ونكاح الامة لا يوجب زيادة الملك فالحاصل ان ابا يوسف جعل زيادة الملك حكم
الاعتاق ومحمد يجعلها حكم العقد السابق عند وجود الاعتاق وعلى هذا الاصل
يخرج قول ابي يوسف ان خيار العتق يثبت مرة بعد اخرى وقول محمد انه لا يثبت الا
مرة واحدة حتى لو اعتقت الامة فاختارت زوجها ثم ارتد الزوجان معا ثم
سبيت وزوجها معها فاعتقت فلها ان تختار نفسها عند ابي يوسف وعند محمد
ليس لها ذلك لان عند ابي يوسف الخيار يثبت بالاعتاق وقد تكرر الاعتاق
فيتكرر الخيار وعند محمد يثبت بالعقد وانه لم يتكرر فلا يثبت الا خيار واحد ٥

فصل

فصل واما وقت ثبوته فوقت علمها بالعتق وبالخيار واهلية الاختيار
فيثبت لها الخيار في المجلس الذي تعلم فيه بالعتق وبان لها الخيار وهي من اهل الاختيار
حتى لو اعتقها ولم تعلم بالعتق او بان لها الخيار فلم تختر لم يبطل خيارها ولها مجلس العلم ٢ او علمت بالعتق ولم تعلم ص
اذا علمت بهما بخلاف خيار البلوغ ان العلم بالخيار فيه ليس بشرط وقد بينا الفرق
بينهما فيما تقدم وكذلك اذا اعتقها وهي صغيرة فلها خيار العتق اذا بلغت لانها
وقت الاعتاق لم تكن من اهل الاختيار وليس لها خيار البلوغ لان النكاح وجد
في حالة الرق والله اعلم ولو تزوجت مكاتبة باذن المولى فاعتقت فلها الخيار
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا خيار لها **وجه** قوله انه لا ضرر عليها
لان النكاح وقع لها والمهر مسلم لها ٥ **ولنا** ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
خير بريرة وكانت مكاتبة ولان علة النص عامة على ما بينا وكذا الملك يزداد
عليها كما يزداد على القنة ٥ **فصل** واما ما يبطل به فهذا الخيار يبطل بالابطال ٢ الخيار صح
نصا ودلالة من قول او فعل يدل على الرضا بالنكاح على ما بينا في خيار الادراك
ويبطل بالقيام عن المجلس لانه دليل الاعراض كخيار المخيرة ولا يبطل بالسكوت
بل يمتد الى اخر المجلس اذا لم يوجد منها دليل الاعراض كخيار المخيرة لان السكوت
يحتمل ان يكون لرضاها بالمقام معه ويحتمل ان يكون للتامل ولا بد للتامل من زمان ٢ لان بالعتق يزداد الملك عليها فتحتاج الى التامل ص
فقدر ذلك بالمجلس كما في خيار المخيرة وخيار القبول في البيع بخلاف خيار البلوغ انه
يبطل بالسكوت من البكر لان بالبلوغ ما ازداد الملك فلا حاجة الى التامل فلم يكن
سكوتها للتامل فكان دليل الرضا وفي خيار المخيرة ثبت المجلس باجماع الصحابة رضي الله
عنهم غير معقول ولانه لما ازداد الملك عليها جعل العقد السابق في حق الزيادة
بمنزلة انشاء النكاح فيتقيد بالمجلس واذا اختارت نفسها حتى وقعت الفرقة كانت
فرقة بغير طلاق لما ذكرنا ولا تفتقر هذه الفرقة الى قضاء القاضي بخلاف الفرقة
بخيار البلوغ **ووجه** الفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم والله اعلم ٥ واما بقاء
الزوج قادرا على النفقة وليس بشرط لبقاء النكاح لازما حتى لو عجز عن النفقة لا يثبت
لها حق المطالبة بالتفريق وهذا عندنا وعند الشافعي شرط ويثبت لها حق المطالبة
بالتفريق **واحتج** بقوله تعالى فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف بلغ
ومن عجز عن الامساك بالمعروف لان ذلك بايفاء حقها في الوطء والنفقة تعين
عليه التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضي منابه في التسريح وهو التفريق
ولان النفقة عوض عن ملك النكاح وقد فات العوض بالعجز فلا يبقى النكاح لازما
كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا والدليل عليه ان فوات العوض بالجب والعنة يمنع بقاءه
لازما فكذا فوات المعوض لان النكاح عقد معاوضة **ولنا** ان التفريق ابطال ملك
النكاح على الزوج من غير رضاه وهذا في الضرر فوق ضرر المرأة بعجز الزوج ٣ اذا ٣ عن النفقة لان القاضي يفرض النفقة على الزوج

طلبت المراة الفرض ويامرها بالانفاق من مال نفسها ان كان لها مال وبالاستدانة
ان لم يكن الى وقت اليسار فتصير النفقة دينا في ذمته بقضا القاضي وترجع المراة
عليه بما انفقت اذا ايسر الزوج فيتاخر حقها الى يسار الزوج ولا يبطل وضرر
الابطال فوق ضرر التاخير بخلاف التفريق بالجب والعنة لان هناك الضرر من
الجانبين جميعا ضرر ابطال الحق لان حق المراة يفوت بالوطي وضررها اقوى لان
الزوج لا يتضرر بالتفريق كبير ضرر لعجزه عن الوطي فاما المراة فانها محل صالح
للوطي ولا يمكنها استيفا حقها من هذا الزوج ولا من زوج اخر لمكان هذا الزوج
فكان الرجحان لضررها فكان اولى بالدفع **واما الاية** فقد قيل في التفسير ان
الامساك بالمعروف هو الرجعة وهو ان يراجعها على قصد الامساك والتسريح
بالمعروف هو ان يتركها حتى تنقضي عدتها معناه ان الامساك بالمعروف يختلف باختلاف
حال الزوج الا ترى الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره والامساك
بالمعروف في حق العاجز عن النفقة بالتزام النفقة على انه ان كان عاجزا عن الامساك
بالمعروف فانما يجب عليه التسريح بالاحسان اذا كان قادرا ولا قدرة له على ذلك
لان ذلك بالتطليق مع ايفا حقها في نفقة العدة وهو عاجز عن نفقة الحال فكيف
يقدر على نفقة العدة على ان لفظ التسريح محتمل يحتمل ان يكون المراد منه التفريق
بابطال النكاح ويحتمل ان يكون المراد منه التفريق والتبعيد من حيث المكان
وهو تخلية السبيل وازالة اليد اذ حقيقة التسريح هي التخلية وذلك قد يكون
بازالة اليد والحبس وعندنا لا يبقى له ولاية الحبس فلا يكون حجة مع الاحتمال
واما قوله النفقة عوض عن ملك النكاح فممنوع فان العوض ما يكون مذكورا في العقد
نصا والنفقة غير منصوص عليها فلا يكون عوضا بل هي بمقابلة الاحتباس وعندنا
ولاية الاحتباس تزول عند العجز ثم ان سلمنا انها عوض لكن بقا المعوض مستحقا يتوقف
على استحقاق العوض في الجملة[2] وان كانت لا تصل اليها للحال فيبقى العوض حقا للزوج   [2] لا على وصول العوض للحال والنفقة ههنا مستحقة في الجملة ص
والله اعلم **فصل** واما بيان حكم النكاح فنقول وبالله التوفيق الكلام
في هذا الفصل في موضعين في الاصل احدهما في بيان حكم النكاح والثاني في بيان
ما يرفع حكمه **اما الاول** فالنكاح لا يخلو اما ان يكون صحيحا واما ان يكون فاسدا
ويتعلق بكل واحد منهما احكام **اما** النكاح الصحيح فله احكام بعضها اصلي وبعضها
من التوابع **اما** الاصلية منها حل الوطي الا في حالة الحيض والنفاس وفي الاحرام
وفي الظهار قبل التكفير لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين نفي اللوم عمن لا يحفظ فرجه على زوجته فدل على حل الوطي
الا ان الوطي في حالة الحيض خص بقوله ويسئلونك عن المحيض قل هو اذى فاعتزلوا
النسا في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن والنفاس اخت الحيض وقوله تعالى نساؤكم حرث

لكم

لكم فاتوا حرثكم انى شئتم والانسان يتمكن من التصرف في حرثه معما انه قد اباح له اتيان
الحرث بقوله فاتوا حرثكم انى شئتم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا
الله في النسا فانهن عندكم عوان لا يملكن لانفسهن شيئا اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن
بكلمة الله وكلمة الله المذكورة في كتابه لفظة الانكاح والتزويج فدل الحديث على حل
الاستمتاع بالنسا بلفظة الانكاح والتزويج وعلى ما في معناهما فكان الحل ثابتا به
دلالة **فصل** ومنها حل النظر والمس من راسها الى قدميها في حالة الحياة
لان الوطي فوق النظر والمس[2] فكان احلاله احلالا للنظر والمس من طريق الاولى وهل يحل   [2] والمس ص
الاستمتاع بها بما دون الفرج في حالة الحيض والنفاس فيه خلاف نذكره في كتاب
الاستحسان واما بعد الوفاة فلا يحل له المس والنظر عندنا خلافا للشافعي والمسئلة
ذكرناها في كتاب الصلاة ولان النكاح ضم وتزويج لغة فيقتضي الانضمام والازدواج
ولا يتحقق ذلك الا بحل الوطي والاستمتاع لان الحرمة تمنع من ذلك وهذا الحكم وهو
حل الاستمتاع مشترك بين الزوجين فان المراة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها قال
الله تعالى لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وللزوج ان يطالبها بالوطي متى شا الا عند
اعتراض اسباب مانعة من الوطي كالحيض والنفاس والظهار والاحرام وغير ذلك
وللمراة ان تطالب زوجها بالوطي لان حله لها حقها كما ان حلها له حقه الا انه اذا طالبته
به لكن لا يجب على الزوج الا مرة واحدة والزيادة على ذلك من باب المعاشرة واستدامة
النكاح **فصل** ومنها ملك المتعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر
اعضائها استمتاعا او ملك الذات والنفس في حق الاستمتاع على اختلاف مشايخنا في ذلك لان
مقاصد النكاح لا تحصل بدونه الا ترى انه لولا الاختصاص لحاجز عن التزوج بزوج
اخر لا يحصل السكن لان قلب الزوج لا يطمين اليها ونفسه لا تسكن معها ويفسد الفراش
لاشتباه النسب ولان المهر لازم في النكاح وانه عوض عن الملك لما ذكرنا فيما تقدم
فيدل على ثبوت الملك في النكاح ايضا[2] وهذا الحكم للزوج على الزوجة خاصة لانه   [2] تحقيقا للمعاوضة ص
عوض عن المهر والمهر على الرجل وقيل في[2] قوله تعالى وللرجال عليهن درجة ان الدرجة   [2] تاويل
هي الملك **فصل** ومنها ملك الحبس والقيد وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج
والبروز لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم والامر بالاسكان نهي عن الاخراج
والخروج اذ الامر بالفعل نهي عن ضده وقوله وقرن في بيوتكن وقوله لا تخرجوهن من
بيوتهن ولانها لو لم تكن ممنوعة عن الخروج والبروز لاختل السكن والنسب لان ذلك
مما يريب الزوج ويحمله على نفي النسب **فصل** ومنها وجوب المهر على الزوج وانه
حكم اصلي للنكاح عندنا لا وجود له بدونه شرعا وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولان المهر
عوض عن الملك لانه يجب بمقابلة احداث الملك على ما مر وثبوت العوض يدل على ثبوت
العوض **فصل** ومنها ثبوت النسب وان كان ذلك حكم الدخول حقيقة لكن سببه

الظاهر هو النكاح لكون الدخول امرا باطنا فيقام النكاح مقامه في اثبات النسب
ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وكذا لو تزوج مشرقي
بمغربية فجاءت بولد ثبت النسب وان لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو
النكاح **فصل** ومنها وجوب النفقة والسكنى لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق
مما آتاه الله وقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والامر بالاسكان
امر بالانفاق لانها لا تتمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة باصل الخلقة لضعف بنيتها
والكلام في سبب وجوب هذه النفقة وشرط وجوبها ومقدار الواجب منها نذكره
في كتاب النفقات ان شاء الله تعالى **فصل** ومنها حرمة المصاهرة وهي حرمة
انكاح فروع معلومة ذكرناها فيما تقدم وذكرنا دليل الحرمة الا ان في بعضها يثبت الحرمة
بنفس النكاح وفي بعضها يشترط الدخول وقد بينا جملة ذلك في موضعها **فصل**
ومنها الارث من الجانبين جميعا لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم الى قوله
فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها او دين **فصل** ومنها وجوب العدل
بين النساء في حقوقهن وجملة الكلام فيه ان الرجل لا يخلو اما ان كانت له اكثر من
امراة واحدة واما ان كانت له امراة واحدة فان كانت له اكثر من امراة فعليه
العدل بينهن في حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة وهو التسوية بينهن في
ذلك حتى لو كانت تحته امراتان حرتان او امتان يجب عليه ان يعدل بينهما في الماكول
والمشروب والملبوس والسكنى والبيتوتة والاصل فيه قوله تعالى فان خفتم ان لا
تعدلوا فواحدة عقيب قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع
اي ان خفتم ان لا تعدلوا في القسم والنفقة في نكاح المثنى والثلاث والرباع فواحدة
ندب الى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل في الزيادة وانما يخاف على ترك
الواجب فدل ان العدل بينهن في القسم والنفقة واجب واليه اشار في آخر الاية
بقوله ذلك ادنى الا تعولوا اي تجوروا والجور حرام فكان العدل واجبا ضرورة
ولان العدل مامور به بقوله ان الله يامر بالعدل على العموم والاطلاق الا ما خص
او قيد بدليل وروي عن ابي قلابة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل بين نسائه في
القسمة ويقول اللهم هذه قسمتي فيما املك فلا تواخذني فيما تملك انت ولا املك
وعن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كانت له
امراتان فمال الى احداهما دون الاخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل **ويستوي**
في القسم البكر والثيب والشابة والعجوز والقديمة والحديثة والمسلمة والكتابية
لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل ولانهما يستويان في سبب وجوب القسم وهو النكاح
فيستويان في وجوب القسم ولا قسم للمملوكات بملك اليمين اي لا تبيت لهن وان كثرت

لقوله

مبحث وجوب العدل بين النساء في القسم

لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم قصر الاباحة في النكاح
على عدد لتحقق الجور في الزيادة ثم ندب الى نكاح الواحدة عند خوف الجور في الزيادة
واباح من ملك اليمين من غير عدد فدل انه ليس فيه خوف الجور وانما لا يكون اذا لم يكن
لهن قسم اذ لو كان فيه خوف الجور كما في المنكوحة ولان سبب الوجوب هو النكاح ولم يوجد لكان ثم
ولو كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة يومان وللامة يوم لما روي عن علي رضي
الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للحرة الثلثان
في القسم وللامة الثلث ولانهما ما استويا في سبب الوجوب وهو النكاح فانه لا يجوز
نكاح الامة بعد نكاح الحرة ولا مع نكاحها وكذا لا يجوز للعبد ان يتزوج باكثر من
اثنتين وللحر ان يتزوج باربع نسوة فلم يستويا في السبب فلا يستويان في الحكم
بخلاف المسلمة مع الكتابية لان الكتابية يجوز نكاحها قبل المسلمة وبعد المسلمة
ومعها وكذا للذمي ان يجمع بين اربع نسوة كالحر المسلم فاستويا في سبب الوجوب
فتساويا في الحكم ولان الحرية تنبئ عن الكمال والرق يشعر بنقصان الحال وقد
ظهر اثر النقصان في الشرع في المالكية وحل المحلية والعدة والحد وغير ذلك
فكذا في القسم وهذا التفاوت في السكنى والبيتوتة تسكن عند الحرة ليلتين وعند
الامة ليلة فاما في الماكول والمشروب والملبوس فانه يسوي بينهما لان ذلك من
الحاجات اللازمة فيستوي فيه الحرة والامة والمريض في وجوب القسم عليه كالصحيح
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استاذن نساءه في مرض موته ان يكون
في بيت عائشة رضي الله عنها ولو سقط القسم بالمرض لم يكن للاستيذان معنى ولا
قسم على الزوج اذا سافر حتى لو سافر باحداهما وقدم من السفر فطلبت الاخرى
ان يسكن عندها مدة السفر فليس لها ذلك لان مدة السفر ضايعة بدليل ان له
ان يسافر وحده دونهن لكن الافضل ان يقرع بينهن فيخرج بمن خرجت قرعتها
تطييبا لقلوبهن ودفعا لتهمة الميل عن نفسه هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه وقال الشافعي رحمه الله اذا سافر بها بقرعة
فكذلك فاما اذا سافر بها بغير قرعة فانه يقسم للباقيات وهذا غير سديد
لان بالقرعة لا يعرف ان لها حقا في حالة السفر الا فانها لا تصلح لاظهار الحق ابدا
لاختلاف عملها في نفسها فانها لا تخرج على وجه واحد بل مرة هكذا ومرة هكذا
والمختلف فيه لا يصلح دليلا على شيء ولو وهبت احداهما قسمها لصاحبتها او رضيت
بترك قسمها جاز لانه حق ثبت لها فلها ان تستوفي ولها ان تترك وقد روي ان سودة
بنت زمعة رضي الله عنها لما كبرت وخشيت ان يطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم
جعلت يومها لعائشة رضي الله عنها وقيل فيها نزل قوله تعالى وان امراة خافت
من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير والمراد

من الصلح هو الذي جرى بينهما لما اباه ابن عباس رضي الله عنهما فان رجعت عن ذلك
وطلبت قسمها فلها ذلك لان ذلك كان اباحة منها والاباحة لا تكون لازمة كالمباح
له الطعام انه لا يملك المبيح منعه والرجوع عن ذلك ولو بذلت واحدة منهن مالا للزوج
ليجعل لها في القسم اكثر مما تستحقه لا يحل للزوج ان يفعل ويرد ما اخذ منها لانه
رشوة لانه اخذ المال لمنع الحق عن المستحق وكذلك لو بذل الزوج لواحدة منهن
مالا ليجعل نوبتها لصاحبتها ليترك نوبتها لها لا يجوز شيء من ذلك ويسترد المال لان
هذا معاوضة القسم بالمال فيكون في معنى البيع وانه لا يجوز كل هذا اذا كانت
له امرأتان او اكثر من ذلك فاما اذا كانت له امرأة واحدة وطالبته بالواجب لها
ذكر القدوري رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال واذا تشاغل الرجل
عن زوجته بالصيام والصلاة او بامة اشتراها قسم لامرأته من كل اربعة ايام
يوما ومن كل اربع ليال ليلة وقيل له تشاغل ثلاثة ايام وثلاث ليال بالصوم وبالامة
وهكذا ذكر الطحاوي انه يجعل لها يوما واحدا يسكن عندها وثلاثة ايام ولياليها
يتفرغ للعبادة واشغاله **وجه** هذا القول ما ذكره محمد رحمه الله في كتاب
النكاح ان امرأة رفعت زوجها الى عمر رضي الله عنه وذكرت انه يصوم النهار
ويقوم الليل فقال عمر رضي الله عنه ما احسنك ثناء على بعلك فقال كعب يا امير
المؤمنين انها تشكو اليك زوجها فقال عمر رضي الله عنه وكيف ذلك فقال كعب انه
اذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها فقال عمر رضي الله عنه لكعب احكم بينهما
فقال اراها احدى نسائه الاربع يفطر لها يوما ويصوم ثلاثة ايام فاستحسن ذلك
منه عمر رضي الله عنه فولاه قضاء البصرة ذكر محمد رحمه الله هذا في كتاب النكاح
ولم يذكر انه ياخذ بهذا القول وذكر الجصاص ان هذا ليس بمذهب لان المزاحمة
في القسم انما تحصل بمشاركة الزوجات فاذا لم يكن له زوجة غيرها لم يتحقق فلا
يقسم لها وانما يقال له لا تدم الصوم ووف المرأة حقها كذا قال الجصاص
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان ابا حنيفة رحمه الله كان يقول اولا كما روى
الحسن عنه لما اشار اليه كعب وهو ان للزوج ان يسقط حقها عن ثلاثة ايام بان
يتزوج ثلاثا احرى سواها فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان الخيار له في ذلك
ان شاء صرف ذلك الى الزوجات وان شاء صرفه الى صيامه وصلاته واشتغاله
ثم رجع عن ذلك وقال ليس هذا بشيء لانه لو تزوج اربعا فطالبنه بالواجب منه
يكون لكل واحدة منهن ليلة من الاربع فلو جعلنا هذا حقا لكل واحدة منهن لا يتفرغ
لاعماله فلم يوقت في هذا وقتا وان كانت المرأة امة فعلى قول ابي حنيفة اخيرا ان صح الرجوع
لا شك انه لا يقسم لها كما لا يقسم للحرة من طريق الاولى وعلى قوله الاول وهو قول
الطحاوي يجعل لها ليلة من كل سبع ليال لان للزوج حق اسقاط حقها عن ستة ايام

والاقتصار

والاقتصار على يوم واحد بان يتزوج عليها ثلاث حرائر لان للحرة ليلتين وللامة
ليلة واحدة فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان بالخيار ان شاء صرف ذلك الى
الزوجات وان شاء صرفه الى الصلاة والصوم والى اشتغال نفسه والاشكال عليه
ما نقل عن ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره الجصاص ايضا والله الموفق **فصل**
ومنها وجوب طاعة الزوج على الزوجة اذا دعاها الى الفراش لقوله تعالى ولهن
مثل الذي عليهن بالمعروف قيل لها المهر والنفقة وعليها ان تطيعه في نفسها وتحفظ
غيبته ولان الله تعالى امر بتاديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن ونهى عن
طاعتهن بقوله فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا فدل ان التاديب كان لترك
الطاعة فيدل على لزوم طاعتهن الازواج **فصل** ومنها ولاية التاديب للزوج
اذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بان كانت ناشزة فله ان يؤدبها لكن على الترتيب
فيعظها اولا على الرفق واللين بان يقول لها كوني من الصالحات
القانتات الحافظات للغيب ولا تكوني من كذا وكذا فلعل تقبل موعظته وتترك
النشوز فان نجعت فيها الموعظة ورجعت الى الفراش والا هجرها وقيل يخوفها
اولا بالهجران والاعتزال منها وترك الجماع والمضاجعة فان تركت والا هجرها
لعل نفسها لا تحتمل الهجران ثم اختلف في كيفية الهجر قيل يهجرها بان لا يجامعها ولا
يضاجعها على فراشه وقيل يهجرها بان لا يكلمها في حال مضاجعته اياها لا ان يترك
جماعها ومضاجعتها لان ذلك حق مشترك بينهما فيكون في ذلك عليه من الضرر
ما عليها فلا يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه وقيل يهجرها بان يفارقها في المضجع
ويضاجع اخرى في حقها وقسمها لان حقها عليه في القسم في حال الموافقة وحفظ
حدود الله لا في حال التضييع وخوف النشوز والتنازع وقيل يهجرها بترك مضاجعتها
وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها لا في وقت حاجته اليها فاذا هجرها فان
تركت النشوز والا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ولا شائن والاصل فيه قوله
تعالى واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فظاهر
الاية وان كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق لكن المراد منه الجمع على سبيل
الترتيب والواو تحتمل ذلك فان نفع الضرب والا رفع الامر الى القاضي ليوجه اليهما
حكمين حكما من اهله وحكما من اهلها كما قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما اي علمتم
الخلاف بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما
وسبيل هذا سبيل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في حق سائر الناس ان الامر يبدأ
بالموعظة على الرفق واللين دون التغليظ في القول فان قبلت والا غلظ القول به
فان قبلت والا بسط يده وكذلك اذا ارتكبت محظورا سوى النشوز ليس فيه حد مقدر
فللزوج ان يؤدبها تعزيرا لها لان للزوج ان يعزر زوجته كما للمولى ان يعزر مملوكه

فصل ومنها المعاشرة بالمعروف وانه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى
وعاشروهن بالمعروف قيل هي المعاشرة بالفضل والاحسان قولا وفعلا وخلقا قال
النبي صلى الله عليه وسلم خيركم خيركم لاهله وانا خيركم لاهلي وقيل المعاشرة بالمعروف
هي ان تعاملها بما لو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه وتقبله وترضى به وكذلك من
جانبها هي مندوبة الى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالاحسان باللسان واللطف
بالكلام والقول بالمعروف الذي تطيب به نفس الزوج وقيل في قوله تعالى ولهن مثل الذي
عليهن بالمعروف ان الذي عليهن من حيث الفضل والاحسان هو ان يحسن الى ازواجهن
بالبر باللسان والقول المعروف والله اعلم ۵ ويكره للزوج ان يعزل عن زوجته الحرة
بغير رضاها لان الوطء عن انزال سبب لحصول الولد ولها في الولد حق والعزل
يفوت الولد فكان سببا لفوات حقها وان كان العزل برضاها لا يكره لانها رضيت
بفوات حقها ولما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اعزلوهن او لا تعزلوهن
ان الله تعالى اذا اراد خلق نسمة فهو خالقها الا ان العزل حال عدم الرضا صار
مخصوصا وكذلك اذا كانت المرأة امة الغير يكره العزل عنها من غير رضاها لكن هل
يحتاج الى رضاها او الى رضا مولاها قال ابو حنيفة الاذن في ذلك الى المولى وقال
ابو يوسف ومحمد اليها **وجه** قولهما ان قضاء الشهوة حقها والعزل يوجب نقصانا
في ذلك ولابي حنيفة ان كراهة العزل لصيانة الولد والولد له لا لها والله الموفق

فصل واما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول واما بعد الدخول
فيتعلق به احكام منها ثبوت النسب ومنها وجوب العدة وهو حكم الدخول في
الحقيقة ومنها وجوب المهر والاصل فيه ان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام
محله اعني محل حكمه وهو الملك لان الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء
والحر بجميع اجزائه ليس بمحل للملك لان الحرية خلوص والملك ينافي الخلوص ولان الملك
في الادمي لا يثبت الا بالرق والحرية تنافي الرق الا ان الشرع اسقط اعتبار المنافي
في النكاح الصحيح لحاجة الناس الى ذلك وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح
الى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبات النسب ووجوب العدة وصيانة
البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة بوجوب المهر فيجعل منعقدا
في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورات ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو
ما قبل الدخول فلا يجعل منعقدا قبله ثم الدليل على وجوب مهر المثل بعد الدخول ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن مواليها فنكاحها
باطل فان دخل بها فلها مهر مثلها جعل لها مهر المثل فيما له حكم النكاح الفاسد وعلقه
بالدخول فدل ان وجوبه متعلق به ثم اختلف في تقدير هذا المهر وهو المسمى بالعقد
قال اصحابنا الثلاثة يجب الاقل من مهر مثلها ومن المسمى وقال زفر يجب مهر المثل

بالغا ما بلغ وكذلك هذا الخلاف في الاجارة الفاسدة **وجه** قول زفر ان المنافع
تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد جميعا كالاعيان فلزم اظهار التقوم وذلك بايجاب
مهر المثل بالغا ما بلغ لانه قيمة منافع البضع وانما العدول الى المسمى عند صحة التسمية
ولم يصح لهذا المعنى اوجبنا كمال القيمة في البيع الفاسد كذا هنا **ولنا** ان العاقدين
ما قوما المنافع باكثر من المسمى فلا تتقوم باكثر من المسمى فجعلت الزيادة مستوفاة
من غير عقد فلم يكن لها قيمة لان مهر المثل اذا كان اقل من المسمى لا يبلغ به المسمى
لانها رضيت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها واختلف ايضا في وقت وجوب العدة
انها من اي وقت تعتبر قال اصحابنا الثلاثة انها تجب من حين يفرق بينهما وقال
زفر من اخر وطء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد اخر وطء وطئها قبل
التفريق فقد انقضت عدتها عنده **وجه** قوله ان العدة تجب بالوطء لانها
تجب لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطء الا ترى انها لا تجب قبل الوطء واذا كان
وجوبها بالوطء يجب عقيب الوطء بلا فصل كاحكام سائر العلل **ولنا**
ان النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش لما بينا والفراش لا يزول
قبل التفريق بدليل انه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه بتكرار الوطء
الا مهر واحد ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ولو دخلته شبهة حتى امتنع
وجوب الحد يلزمه مهر اخر فكان التفريق في النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق في
النكاح الصحيح فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح
والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة لانه ليس بنكاح حقيقة الا انه الحق
بالنكاح في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافي لحاجة الناكح الى ذلك فبقي
في حق غير المستوفى على اصل العدم ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة في الخلوة ولان
الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطء لانها تجب لتعرف براءة الرحم ولم يوجد حقيقة
الا انا اقمنا التمكن من الوطء في النكاح الصحيح مقامه في حق حكم يحتاط فيه لوجود
دليل التمكن وهو الملك المطلق ولم يوجد هاهنا بخلاف الخلوة الفاسدة في النكاح
الصحيح انها توجب العدة اذا كان متمكنا من الوطء حقيقة وان كان ممنوعا عنه شرعا
بسبب الحيض او الاحرام او الصوم او نحو ذلك لان هناك الاطلاق شرعا موجود وهو
الملك المطلق الا انه منع منه لغيره فكان التمكن ثابتا ودليله موجود فيقام مقامه
المدلول في موضع الاحتياط وهاهنا بخلافه ولا يوجب المهر ايضا لانه لما لم تجب بها
العدة فالمهر اولى لان العدة يحتاط في وجوبها ولا يحتاط في وجوب المهر **فصل**
واما بيان حكم النكاح فنانه ببيان ما تقع به الفرقة بين الزوجين ولو وقوع الفرقة
بين الزوجين اسباب لكن ان لو اوقع ببعضها فرقة بطلاق وببعضها فرقة بغير طلاق وفي
بعضها تقع الفرقة بغير قضاء القاضي وفي بعضها لا تقع الا بقضاء القاضي فنذكر جملة

ذلك بتوفيق الله تعالى ومنها الطلاق بصريحه وكناياته وله كتاب مفرد ومنها اللعان
ولا تقع الفرقة فيه الا بتفريق القاضي عند اصحابنا وكذا في كيفية هذه الفرقة خلاف
بين اصحابنا نذكره في كتاب اللعان ان شاء الله تعالى ومنها اختيار الصغير والصغيرة
بعد البلوغ في خيار البلوغ وهذه الفرقة لا تقع الا بتفريق القاضي بخلاف الفرقة
باختيار المراة نفسها في خيار العتق انها تثبت بنفس الاختيار وقد بينا وجه الفرق
فيما تقدم والفرقة في الخيارين جميعا تكون فرقة بغير طلاق بل يكون فسخا حتى لو كان
الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها اما في خيار العتق فلا شك فيه لان الفرقة وقعت
لسبب وجد منها وهو اختيارها نفسها واختيارها نفسها لا يجوز ان يكون طلاقا
لانها لا تملك الطلاق الا اذا ملكته كالمخيرة فكان فسخا وفسخ العقد رفعه من الاصل
وجعله كان لم يكن ولو لم يكن حقيقة لم يكن لها مهر فكذا اذا الحق بالعدم من الاصل
وكذا في خيار البلوغ اذا كان من له الخيار هو الغلام فاختار نفسه قبل الدخول بها
فلا مهر لها ايضا وهذا فيه نوع اشكال لان الفرقة جات من قبل الزوج ويجب
ان تكون فرقة بطلاق ويتعلق بها نصف المهر والانفصال ان الشرع اثبت له الخيار
ولو كان ذلك طلاقا ووجب عليه نصف المهر لم يكن لاثبات الخيار معنى لانه يملك الطلاق
فاذا لا فايدة في الخيار الا سقوط المهر وان كان قد دخل بها لا يسقط المهر لان المهر
قد تاكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بالفرقة كما لا يحتمل السقوط بالموت ولان الدخول
استيفا منافع البضع وانه امر حقيقي فلا يحتمل الارتفاع عن الاصل بالفسخ بخلاف
العقد فانه امر شرعي فكان محتملا للفسخ ولانه لو فسخ النكاح بعد الدخول لوجب عليه
رد المنافع المستوفاة لانه عاد الى البدل اليه فوجب ان يعود المبدل اليها وهو لا يقدر
على ردها فلا يفسخ واذا لم يقدر على ردها يغرم قيمتها وقيمتها هو المهر المسمى
فلا يفيد ولانه لما استوفى المنافع فقد استوفى المعقود عليه وهو المبدل فلا يسقط
البدل ومنها اختيار المراة نفسها بعيب الجب والعنة والخصا والخنوثة والتاخذ
بتفريق القاضي او بنفس الاختيار على ما بينا وانه فرقة بطلاق لان سبب حدوثها
حصل من الزوج وهو المنع من ايفا حقها المستحق بالنكاح وانه ظلم وضرر في حقها
الا ان القاضي قام مقامه في دفع الظلم والاصل ان الفرقة اذا حصلت لسبب من
جهة الزوج مختص بالنكاح تكون فرقة بطلاق حتى لو كان ذلك قبل الدخول بها وقبل
الخلوة فلها نصف المسمى ان كان في النكاح تسمية وان لم يكن فيه تسمية فلها المتعة
ومنها التفريق لعدم الكفاة او لنقصان المهر والفرقة به فرقة بغير طلاق لانها
فرقة حصلت لا من جهة الزوج فلا يمكن ان يجعل ذلك طلاقا لانه ليس لغير الزوج
ولاية الطلاق فيجعل فسخا ولا تكون هذه الفرقة الا عند القاضي لما ذكرنا في الفرقة
بخيار البلوغ ومنها ابا الزوجة الاسلام بعد ما اسلم زوجها المشرك او المجوسي في

هو المراة فاختارت نفسها قبل الدخول بها لما قلنا واما اذا كان من له الخيار صح

ثم لا بد ان يكون مفيدا صح

لو م

ومنها اباء الزوج الاسلام بعد ما اسلمت زوجته في دار الاسلام صح

دار

دار الاسلام وجملة الكلام فيه ان الزوجين الكافرين اذا اسلم احدهما في دار
الاسلام فان كانا كتابيين فاسلم الزوج فالنكاح بحاله لان الكتابية محل لنكاح المسلم
ابتدا فكذا بقا وان اسلمت المراة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض
الاسلام على زوجها فان اسلم بقيا على النكاح وان ابى الاسلام فرق القاضي بينهما
لانه لا يجوز ان تكون المسلمة تحت نكاح الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة
ابتدا وكذا البقا عليه وان كانا مشركين او مجوسيين فاسلم احدهما ايهما كان يعرض
الاسلام على الاخر ولا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا فان اسلم فهما على النكاح
وان ابى الاسلام فرق القاضي بينهما لان المشركة لا تصلح لنكاح المسلم غير ان الابا
ان كان من المراة يكون فرقة بغير طلاق لان الفرقة جات من قبلها وهو ابا الاسلام
والفرقة من قبل المراة لا تصلح طلاقا لانها لا تملك الطلاق فيجعل فسخا وان كان
الابا من الزوج يكون فرقة بطلاق في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يكون فرقة بغير طلاق وهذا كله مذهب اصحابنا وقال الشافعي اذا اسلم احد
الزوجين وقعت الفرقة بنفس الاسلام غير انه ان كان ذلك قبل الدخول تقع الفرقة
للحال فاما بعد الدخول فلا تقع الفرقة حتى تمضي ثلاث حيض فان اسلم الاخر
قبل مضيها فالنكاح بحاله وان لم يسلم بانت بمضيها **اما الكلام** مع الشافعي رضي
الله عنه فوجه قوله ان كفر الزوج يمنع من نكاح المسلمة ابتدا حتى لا يجوز للكافر
ان ينكح مسلمة وكذلك شرك المراة وتمجسها مانع من نكاح المسلم ابتدا بدليل
انه لا يجوز نكاح المشركة والمجوسية فاذا طرا على النكاح يبطله فاشبه الطلاق
ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي ان رجلا من بني تغلب اسلمت
امراته فعرض عمر رضي الله عنه عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا ولو وقعت الفرقة بنفس الاسلام لما وقعت
الحاجة الى التفريق ولان الاسلام لا يجوز ان يكون مبطلا للنكاح لانه عرف عاصما
للاملاك فكيف يكون مبطلا لها ولا يجوز ان يبطل بالكفر ايضا لان الكفر كان موجودا
منهما ولم يمنع ابتدا النكاح فلان لا يمنع البقا وانه اسهل اولى الا انا لو ابقينا النكاح
بينهما لا يحصل المقاصد لان مقاصد النكاح لا تحصل الا بالاستفراش والكافر
لا يمكن من استفراش المسلمة والمسلم لا يحل له استفراش المشركة والمجوسية لخبثهما
فلم يكن في بقا هذا النكاح فايدة فتفرق القاضي بينهما عند ابا الاسلام لان الياس
عن حصول المقاصد يحصل عنده **واما** الكلام مع اصحابنا في كيفية الفرقة عند
ابا الزوج الاسلام بعد ما اسلمت امراته المشركة او المجوسية او الكتابية فوجه
قول ابي يوسف ان هذه الفرقة يشترك في سببها الزوجان ويستويان فيه فان الابا
من كل واحد منهما سبب الفرقة ثم الفرقة الحاصلة بابايها فرقة بغير طلاق فكذا

للمسلم صح

سلام

بإبائه في السببية كما اذا ملك احدهما صاحبه ولهما ان الحاجة الى التفريق عند الابا لاستوائهما م
لفوات مقاصد النكاح لان مقاصد النكاح اذا لم تحصل لم يكن في بقاء النكاح فائدة
فتقع الحاجة الى التفريق والاصل في التفريق هو الزوج لان الملك له والقاضي ينوب
منابه كما في الفرقة بالجب والعنة فكان الاصل في الفرقة هو فرقة الطلاق فيجعل
طلاقا ما امكن وفي اباء المراة لا يمكن لانها لا تملك الطلاق فيجعل فسخا ومنها ردة
احد الزوجين لان الردة بمنزلة الموت لانها سبب مفضي اليه والميت لا يكون
محلا للنكاح ولهذا لم يجز نكاح المرتد لا حد في حال الابتدا فكذا في حال البقا ولانه
لا عصمة مع الردة وملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة غير ان المراة تكون زوة م
فرقة بغير طلاق بلا خلاف واما ردة الرجل فهي فرقة بغير طلاق في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد فرقة بطلاق **وجه** قول محمد ظاهر لان الاصل ان
الفرقة اذا حصلت بمعنى من قبل الزوج وامكن ان تجعل طلاقا تجعل طلاقا لان
الاصل في الفرقة هو فرقة الطلاق واصل ابي يوسف ما ذكرنا انها فرقة حصلت
بسبب يشترك فيه الزوجان لان الردة من كل واحد منهما سبب لثبوت الفرقة
ثم الثابت بردتها فرقة بغير طلاق كذا بردته ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الفرقة
وان كانت بسبب وجد من الرجل وهو ردته الا انه لا يمكن ان تجعل الردة طلاقا
لانها بمنزلة الموت وفرقة الموت لا تكون طلاقا ولان الطلاق تصرف تختص مما
يستفاد بالنكاح والفرقة الحاصلة بالردة فرقة واقعة بطريق التنافي لان الردة
تنافي عصمة الملك وما كان طريقه التنافي لا يستفاد بملك النكاح فلا يكون طلاقا بخلاف
الفرقة الحاصلة باباء الزوج لانها تثبت لفوات مقاصد النكاح وثمراته وذلك
مضاف الى الزوج فيلزمه الامساك بالمعروف والا فالتسريح بالاحسان فاذا امتنع عنه
الزمه القاضي الطلاق الذي يحصل به التسريح بالاحسان كانه طلق بنفسه والدليل
على التفرقة بينهما ان فرقة الابا لا تحصل الا بالقضا وفرقة الردة تثبت بنفس الردة
ليعلم ان ثبوتها بطريق التنافي ثم الفرقة بردة احد الزوجين تثبت بنفس الردة
فيثبت في الحال وعند الشافعي ان كان قبل الدخول فكذلك وان كان بعد الدخول عندنا م
فتوجل الفرقة الى مضي ثلاث حيض وهو على الاختلاف في اسلام احد الزوجين هذا
اذا ارتد احد الزوجين فاما اذا ارتدا معا لا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو
اسلما معا فهما على نكاحهما والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر **وجه القياس** وزيادة م
انه لو ارتد احدهما لوقعت الفرقة فكذا اذا ارتدا لان في ردتهما ردة احدهما والاستحسان
اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان العرب لما ارتدت في زمن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ثم
اسلموا لم يفرق بينهم وبين نسائهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم **فان قيل**
لم يعلم هناك انهم ارتدوا واسلموا معا **فالجواب** انه لما لم يفرق بينهم وبين نسائهم

فيما لم يعلم

فيما لم يعلم القران بل احتمل التقدم والتأخر في الردة والاسلام ففيما علم اولى ان لا
يفرق ثم نقول الاصل في كل امرين حادثين اذا لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما
معا كالغرقى والحرقى والهدمى ولو تزوج المسلم كتابية يهودية او نصرانية فتمجست تثبت
الفرقة لان المجوسية لا تصلح لنكاح المسلم الا ترى انه لا يجوز له نكاحها ابتداء ثم ان كان
ذلك قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا نفقة لانها فرقة بغير طلاق فكانت فسخا وان كان
بعد الدخول بها فلها المهر لما بينا فيما تقدم ولا نفقة لها لان الفرقة جاءت من قبلها والا صل
ان الفرقة اذا جاءت من قبلها فان كانت قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا نفقة واذا جاءت
من قبله فقبل الدخول يجب نصف المسمى ان كان المهر مسمى وان لم يكن تجب المتعة وبعد
الدخول يجب كل المهر والنفقة ولو كانت يهودية فتنصرت او نصرانية فتهودت
لم تثبت الفرقة ولم يعترض عليه عندنا وقال الشافعي لا تترك من القرار عليه ولكن تجبر
على ان تسلم او تعود الى دينها الاول فان لم تفعل حتى مضت ثلاث حيض وقعت الفرقة
كما في المرتدة **وجه** قوله انها كانت مقرة بان الدين الذي انتقلت اليه باطل فكان
ترك الاعتراض عليه تقريرا على الباطل وانه لا يجوز **ولنا** انها انتقلت من باطل الى
باطل والجبر على العود الى الباطل باطل ولو كانت يهودية او نصرانية فتصابت لم تثبت
الفرقة في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد تثبت بناء على انه يجوز للمسلم نكاح
الصابئة عنده وعندهما لا يجوز والمسألة مرت في موضعها ومنها اسلام احد الزوجين
في دار الحرب لكن لا تقع الفرقة في الحال بل تتوقف على مضي ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض
وان كانت ممن لا تحيض فثلاثة اشهر فان اسلم الباقي منهما في هذه المدة فهما على النكاح
وان لم يسلم حتى مضت المدة وقعت الفرقة لان الاسلام لا يصلح سببا لثبوت الفرقة
عندنا ونفس الكفر ايضا لا يصلح سببا لما ذكرنا من المعنى فيما تقدم ولكن يعرض الاسلام
على الاخر فان ابى حينئذ يفرق فكانت الفرقة حاصلة بالاباء لا يعرف الابا الا بالعرض
ح وقد امتنع العرض لانعدام الولاية وقد مست الحاجة الى التفريق اذ المشرك لا يصلح لنكاح
شرط م المسلم فيقام شرط البينونة وهو مضي ثلاث حيض اذ هو البينونة في الطلاق الرجعي
مقام العلة واقامة الشرط مقام العلة عند تعذر اعتبار العلة جائز في اصول الشرع
فاذا مضت مدة العدة وهي ثلاث حيض صار مضي هذه المدة بمنزلة تفريق القاضي
وتكون فرقة بطلاق على قياس قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قياس قول ابي يوسف بغير
طلاق لانه فرقة بسبب الابا حكما وتقديرا واذا وقعت الفرقة بعد مضي هذه المدة
هل تجب العدة بعد مضيها بان كانت المراة هي المسلمة فخرجت الى دار الاسلام وتمت
الحيض في دار الاسلام لا عدة عليها عند ابي حنيفة وعندهما عليها العدة بعد مضي
هذه المدة بثلاث حيض لانها مهاجرة ولا عدة على المهاجرة عنده وعندهما عليها
العدة والمسألة مذكورة فيما تقدم وان كان المسلم هو الزوج فلا عدة عليها بالاجماع

لانها حربية ومنها اختلاف الدارين عندنا بان خرج احد الزوجين الى دار الاسلام
مسلما او ذميا وترك الاخر كافرا في دار الحرب وان خرج احدهما مستامنا وبقي الاخر كافرا
في دار الحرب لا تقع الفرقة بالاجماع وقال الشافعي رضي الله عنه لا تقع الفرقة باختلاف
الدارين وهذا بنا على اصل وهو ان اختلاف الدارين علة لثبوت الفرقة عندنا وعنده
ليس بعلة وانما العلة هي السبي واحتج بما روي ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه
وسلم هاجرت من مكة الى المدينة وخلفت زوجها ابا العاص كافرا فردها عليه رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول ولو ثبتت الفرقة باختلاف الدارين لما رد
بل جدد النكاح ولان تاثير اختلاف الدارين في انقطاع الولاية و الولاية لا يوجب
انقطاع النكاح فان النكاح يبقى بين اهل العدل والبغي والولاية منقطعة **ولنا**
ان عند اختلاف الدارين تخرج الملك من ان يكون منتفعا به لعدم التمكن من الانتفاع عادة
فلم يكن في بقايه فايدة فيزول كالمسلم اذا ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب انه يزول
ملكه عن امواله وتعتق امهات اولاده ومدبروه لما قلنا كذا هذا بخلاف اهل البغي مع
اهل البغي مع اهل العدل لان اهل البغي من اهل الاسلام فيخالطون اهل العدل فكان امكان
الانتفاع ثابتا فيبقى النكاح وهاهنا بخلافه **واما** الحديث فقد روينا انه ردها
عليه بنكاح جديد فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج به مع ان اهل العلم بهذه
الرواية اولى لانه تثبت امرا لم يكن فكان راوي الرد بالنكاح الاول استصحب الحال وظن
انه ردها عليه بذلك النكاح الذي كان وراوي النكاح الجديد اعتمد حقيقة الحال فصار
كاجتماع الجرح والتعديل ثم ان كان الزوج هو الذي خرج فلا عدة على المراة بلا خلاف
لما ذكرنا انها حربية وان كانت المراة هي التي خرجت فلا عدة عليها في قول ابي حنيفة خلافا
لهما وكذلك اذا خرج احدهما ذميا وقعت الفرقة لانه صار من اهل دار الاسلام فصار كما
لو خرج مسلما بخلاف ما اذا خرج احدهما بامان لان الحربي المستامن من اهل دار الحرب وانما
دخل دار الاسلام على سبيل العارية لقضا بعض حاجاته لا للتوطن فلا يبطل حكم دار الحرب
في حقه كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان انه لا يصير بالدخول من اهل دار الحرب لما قلنا
كذا هذا ولو اسلما معا في دار الحرب او صارا ذميين معا او خرجا مستامنين فالنكاح على
حاله لاتحاد الدارين عندنا وانعدام السبي عنده وعلى هذا يخرج ما اذا سبي احدهما واحرز بدار
الاسلام انه تقع الفرقة بالاجماع لكن على اختلاف الاصلين عندنا باختلاف الدارين
وعنده بالسبي وعندنا لا تثبت الفرقة قبل الاحراز بدار الاسلام ولو سبيا معا لا
تقع الفرقة عندنا لعدم اختلاف الدارين وعنده تقع لوجود السبي **واحتج** بقوله
تعالى والمحصنات من النسا الا ما ملكت ايمانكم حرم المحصنات وهن ذوات الازواج اذ هو
معطوف على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم واستثنى المملوكات والاستثنا من الحظر اباحة ولم
يفصل بينما اذا سبيت مع زوجها او سبيت وحدها ولان السبي سبب لثبوت ملك

المتعة

المتعة للسابي لانه استيلا ورد على محل غير معصوم وانه سبب لثبوت الملك في الرقبة
ولهذا اثبت الملك في المسبية بالاجماع وملك الرقبة يوجب ملك المتعة ومتى ثبت
ملك المتعة للسابي يزول ملك الزوج ضرورة بخلاف ما اذا اشترى امة هي
منكوحة الغير انه لا يثبت للمشتري لان ملك الزوج في الامة ملك معصوم واثبات اليد
على محل معصوم لا يكون سببا لثبوت الملك **ولنا** ان ملك النكاح للزوج كان ثابتا
بدليله مطلقا وملك المالك لا يجوز ان يزول الا بازالته او لعدم فايدة البقا
اما لفوات المحل حقيقة بالهلاك او لتعذر الانتفاع به من ان يكون منتفعا به في حق المالك
واما لفوات حاجة المالك بالموت لان الحكم بالزوال حينئذ يكون تناقضا والشرع
منزه عن التناقض ولم توجد الازالة من الزوج والمحل صالح والمالك حي محتاج الى
الملك وامكان الاستمتاع ثابت ظاهرا وغالبا اذا سبيا معا اولا يكون نادرا وكذا اذا
سبي احدهما والمسبي في دار الحرب لان احتمال الاسترداد من الكفرة واستنقاذ الاسرا
من الغزاة ليس بنادر وان لم يكن غالبا بخلاف ما اذا سبي احدهما واخرج الى دار الاسلام
لان هناك لا فايدة في بقا الملك لعدم التمكن عن اقامة المصالح بالملك ظاهرا وغالبا
لاختلاف الدارين **واما قوله** السبي ورد على محل غير معصوم فنعم لكن الاستيلا الوارد
على محل غير معصوم لغيره وملك الزوج هاهنا قايم لما بينا فلم يكن السبي سببا لثبوت
الملك للسابي فلا يوجب زوال ملك الزوج والاية محمولة على ما اذا سبيت وحدها
لما ذكرنا من الدلايل ومنها الملك الطاري لاحد الزوجين على صاحبه بان ملك
احدهما صاحبه بعد النكاح او ملك شقصا منه لان الملك المقارن يمنع من انعقاد النكاح
فالطاري عليه يبطله والفرقة الواقعة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت بسبب
لا من قبل الزوج فلا يمكن ان تجعل طلاقا فتجعل فسخا ولا يحتاج الى تفريق القاضي لانها
فرقة حصلت بطريق التنافي لما بينا في المسايل المتقدمة فلا يفتقر الى القضا كالفرقة
الحاصلة بردة احد الزوجين وعلى هذا قالوا في القن والمدبر المادون اذا اشتريا
زوجتهما لم يبطل النكاح لان الشرا لا يفيد لهما ملك المتعة فلا يوجب بطلان النكاح
وقالوا ايضا في المكاتب اذا اشترى زوجته لا يبطل نكاحها لانه لا يملكها وانما
يثبت له فيها حق الملك وحق الملك يمنع ابتدا النكاح ولا يمنع البقا كالعدة وهذا
لان حق الملك هو الملك من وجه فكان ملكه فيها ثابتا من وجه دون وجه فالنكاح
اذا لم يكن منعقدا يقع الشك في انعقاده فلا ينعقد بالشك واذا كان منعقدا يقع الشك
في زواله فلا يزول بالشك على الاصل المعهود ان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك
والثابت بيقين لا يزول بالشك لهذا المعنى منعت العدة من ابتدا النكاح ولم تمنع البقا
كذا هذا وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ثم مات لا يبطل النكاح بينهما حتى تعجز عن
اداء بدل الكتابة وقال الشافعي يفسخ النكاح بنا على ان المكاتب لا يورث عندنا فلا

ملك المتعة وان ثبت له ملك الرقبة بالشرى صح

انما يكون سببا لثبوت الملك اذا لم يكن مملوكا م

ان المفرق الثابتة بالنكاح لا يصح اثباتها بين المالك والمملوك صح

يثبت الملك للوارث في المكاتب حقيقة وانما يثبت له حق الملك وانه لا يمنع بقا النكاح قوله م
وعنده يورث فيثبت الملك لها في زوجها فيبطل النكاح **وجه** ان الوارث يقوم
مقام المورث في املاكه فيثبت له ما كان ثابتا للمورث وملكه في المكاتب كان ثابتا
له فينتقل الى الوارث فيصير مملوكا له فينفسخ النكاح **ولنا** ان الحاجة مست الى ابقا
ملك الميت في المكاتب لان عقد الكتابة اوجب له حق الحرية للحال على وجه يصير ذلك
الحق حقيقة عند الادا وليعد اثبت الولا من قبله فلو نقلنا الملك من الميت الى الوارث
لتعذر اثبات حقيقة الحرية عند الادا الا بعد امر تعليق الحرية منه بالادا فمست الحاجة
الى استبقا ملك الميت فيه لاجل الحق المستحق للمكاتب فيمتنع ثبوت الملك حقيقة للوارث
ويثبت له حق الملك لوجود سبب الثبوت وهو القرابة وشرطه وهو الموت وحق
الملك يمنع ابتدا النكاح ولا يمنع البقا لما ذكرنا الا اذا عجز عن ادا بدل الكتابة لانه اذا
عجز ثبت الملك فيرتفع النكاح واما معتق البعض اذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح حقيقة للوارث م
في قول ابي حنيفة وعندهما يبطل بنا على ان معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهما
حر عليه دين والله الموفق **ومنها** الرضاع الطاري على النكاح كمن تزوج صغيرة
فارضعتها امه بانت منه لانها صارت اختا له من جهة الرضاع وكذا اذا تزوج
صبيتين رضيعتين فجات امراة فارضعتهما بانتا منه لانهما صارتا اختين وحرمة
الاخت من الرضاع يستوي فيها السابق والطاري وكذا حرمة الجمع بين الاختين
من الرضاعة وقد ذكرنا ما يتعلق بالرضاع المقارن والطاري من المسايل في كتاب الرضاع
ان شا الله تعالى **ومنها** المصاهرة الطارية بان وطي ام امراته او ابنتها والفرقة اتم م
بها فرقة بغير طلاق لانها حرمة موبدة كحرمة الرضاع والفرق في هذه الوجوه
باينة لان المقصود من نفيها الخلاص وانه لا يحصل الا بالباين وفي نفيها المحل
ليس بقابل البقا النكاح فافهم والله اعلم **كتاب الطلاق** قال الشيخ بلغ
رحمه الله الكلام في هذا الكتاب في الاصل في خمسة مواضع في بيان صفة الطلاق وفي
بيان قدره وفي بيان ركنه وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكمه اما الاول
فالطلاق بحق الصفة نوعان طلاق سنة وطلاق بدعة وان شيت قلت طلاق مسنون
وطلاق مكروه اما طلاق السنة فالكلام فيه في موضعين احدهما في تفسير طلاق
السنة انه ما هو والثاني في بيان الالفاظ التي يقع بها طلاق السنة اما الاول
فطلاق السنة نوعان نوع يرجع الى الوقت ونوع يرجع الى العدد فكل واحد منهما
نوعان حسن واحسن ولا يمكن معرفة كل واحد منهما الا بعد معرفة اصناف النسا
وهن في الاصل على صنفين حراير واما وكل صنف على صنفين حايلات وحاملات والحايلات
على صنفين ذوات الاقرا او ذوات الاشهر اذا عرف هذا فنقول احسن الطلاق
في ذوات القرء ان يطلقها طلقة واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا طلاق

ولا في حيضة جماع ولا طلاق ويتركها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض ان كانت حرة وان كانت
امة حيضتان **والاصل** فيه ما روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه قال كان
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم يستحسنون ان لا يطلقوا للسنة
الا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي العدة وفي رواية اخرى قال في الحكاية
عنهم وكان ذلك احسن عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا في ثلاثة اطهار وهذا
نقل عن الباب ومثله لا يكذب ولان الكراهة لمكان احتمال الندم والطلاق في طهر
لا جماع فيه دليل عدم الندم لان الطهر الذي لا جماع فيه زمان كمال الرغبة
والفحل لا يطلق امراته في زمان كمال الرغبة الا لشدة حاجة الى الطلاق فالظاهر
انه لا يلحقه الندم فكان طلاقه لحاجة فيكون مسنونا ولو لحقه الندم فهو اقرب
الى التدارك من الثلاث في ثلاثة اطهار فكان احسن وانما شرطنا ان يكون
في طهر لا طلاق فيه لان الجمع بين الطلقات او الطلاقين في طهر واحد مكروه
عندنا وانما شرطنا ان لا يكون في حيضة جماع ولا طلاق لانه اذا جامعها
في حيض هذا الطهر احتمل انه وقع الجماع معلقا فيظهر الحبل فيندم على صنيعه
فيظهر انه طلق لا لحاجة واذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق في
الطهر الذي يعقبه لان تلك الحيضة لا يعتد بها ولو طلقها في الطهر يكره له ان
يطلقها اخرى فيه فكذا اذا طلقها في الحيض ثم طهرت **واما** في الحامل اذا
استبان حملها فالاحسن ان يطلقها واحدة رجعية وان كان قد جامعها وطلقها
عقيب الجماع لان الكراهة في ذوات القرء لاحتمال الندامة لاحتمال الحبل فمتى
طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر انه لا يندم وكذلك في ذوات الشهر من الايسة
والصغيرة الاحسن ان يطلقها واحدة رجعية وان كان عقيب طهر جامعها
فيه وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يفصل بين طلاق الايسة والصغيرة
وبين جماعها بشهر **وجه** قوله ان الشهر في حق الايسة والصغيرة اقيم
مقام الحيضة فيمن تحيض ثم يفصل في طلاق السنة بين الوطي وبين الطلاق
بحيضة فيمن تحيض وكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل بين الطلقتين
ولنا ان كراهة الطلاق في الطهر الذي وجد فيه الجماع في ذوات الاقرا
لاحتمال ان تحبل بالجماع فيندم وهذا المعنى لا يوجد في الايسة والصغيرة وان
وجد الجماع ولان الاياس والصغر في الدلالة على براة الرحم فوق الحيضة في
ذوات الاقرا فلما جاز الايقاع ثمة عقيب الحيضة فلان يجوز هاهنا عقيب الجماع
اولى واما الحسن في الحرة التي هي ذات القرء ان يطلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار
لا جماع فيها بان يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه ثم اذا حاضت حيضة اخرى
وطهرت طلقها اخرى ثم اذا حاضت وطهرت طلقها اخرى وان كانت امة طلقها حيضة اخرى صح

واحدة ثم اذا حاضت وطهرت طلقها اخرى وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا اعرف
طلاق السنة الا ان يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها **وجه** قوله ان الطلاق
المسنون هو الطلاق لحاجة والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة فكانت الثانية والثالثة
في الطهر الثاني والثالث تطليقا من غير حاجة فيكره ولهذا كره الجمع كذا التفريق
اذ كل ذلك طلاق من غير حاجة **ولنا** قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي ثلاثا في ثلاثة
اطهار كذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روي ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
طلق امراته حالة الحيض فسال عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم اخطات السنة فقال عم
ما هكذا امرك ربك ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة
فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم
الطلاق للعدة بالثلاث في ثلاثة اطهار والله تعالى امر به وادنى درجات الامر
الندب والمندوب اليه يكون حسنا ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم نص على كونه
سنة حيث قال ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة
والدليل عليه ما رويناه عن ابراهيم رحمه الله في حكايته عن الصحابة رضي الله عنهم
اجمعين وكان ذلك عندهم احسن من ان يطلق الرجل ثلاثا في ثلاثة اطهار واذا
كان ذلك احسن من هذا كان هذا حسنا في نفسه ضرورة واما قوله ان الثانية
والثالثة تطليق من غير حاجة فممنوع فان الانسان قد يحتاج الى حسم باب نكاح
امراته على نفسه لما ظهر له ان نكاحها ليس بسبب المصلحة له دينا ودنيا لكن يميل قلبه
اليها لحسن ظاهرها فيحتاج الى الحسم على وجه ينسد باب الوصول اليها ولا يلحقه
الندم ولا يمكنه دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة واحدة لانه تلحقه الندم حتى
لا يمكنه التدارك فيقع في الزنا فيحتاج الى ايقاع الثلاث في ثلاثة اطهار فيطلقها
تطليقة رجعية في طهر لا جماع فيه ويجرب نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها فان لم يمكنه
راجعها وان امكنه طلقها تطليقة اخرى في الطهر الثاني ويجرب نفسه ثم يطلقها
ثالثة في الطهر الثالث فينحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهرا وغالبا
فكان ايقاع الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث طلاقا لحاجة فكان مسنونا
على ان الحكم تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها امرا باطنا لا يوقف عليه فيقام الا بدليل صح
الطهر الخالي عن الجماع مقام الحاجة الى الطلاق وكان تكرار الطهر دليل تجدد
الحاجة فيبنى الحكم عليه ثم اذا وقع عليها ثلاث تطليقات في ثلاثة اطهار فقد مضى
من عدتها حيضتان ان كانت حرة لان العدة بالحيض عندنا وبقيت حيضة واحدة
فاذا حاضت حيضة اخرى فقد انقضت عدتها وان كانت امة فاذا وقعت عليها تطليقتان
في طهرين فقد مضت من عدتها حيضة وبقيت حيضة اخرى فاذا حاضت حيضة اخرى
فقد انقضت عدتها وان كانت من ذوات الاشهر طلقها واحدة رجعية واذا مضى

شهر

شهر طلقها اخرى ثم اذا مضى شهر اخر طلقها اخرى اذا كانت حرة فوقع عليها ثلاث
تطليقات ومضى من عدتها شهران وبقي شهر واحد من عدتها فاذا مضى شهر اخر فقد
انقضت عدتها وان كانت امة ووقعت عليها تطليقتان في شهر بقي من عدتها نصف شهر
فاذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها واما اذا كانت حاملا فكذلك في قول ابي حنيفة وابي
يوسف يطلقها ثلاثا للسنة ويفصل بين كل طلاقين بشهر وقال محمد لا تطلق الحامل
للسنة الا واحدة وهو قول زفر وذكر محمد رحمه الله في الاصل بلغنا ذلك عن عبد
الله بن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم ولا خلاف في ان الممتد طهرها
لا تطلق للسنة الا واحدة **وجه** قول محمد وزفر ان اباحة التفريق في الشرع
متعلقة بتجدد فصول العدة لان كل قرء في ذوات الاقراء فصل من فصول العدة وكل
شهر في الايسة او الصغيرة فصل من فصول العدة ومدة الحمل كلها فصل واحد من
العدة لتعذر الاستبراء به في حق الحامل فلم يكن ذلك في معنى مورد الشرع
فلا يفصل بالشهر ولهذا لم يفصل في الممتد طهرها بالشهر كذا ههنا ولابي حنيفة
وابي يوسف قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان شرع الثلاث
متفرقات من غير فصل بين الحامل والحائل اما شرعية طلقة وطلقة فبقوله تعالى
الطلاق مرتان لان معناه دفعتان على ما ذكرنا وشرعية الطلقة الثالثة بقوله او
تسريح باحسان او بقوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير
فصل ولان الحامل ليست من ذوات الاقراء فيفصل بين طلاقيها بالشهر كالايسة والصغيرة
والجامع ان الفصل هناك بالشهر لكون الشهر زمان تجدد الرغبة في العادة فيكون
دليل تجدد الحاجة وهذا المعنى موجود في الحامل فيفصل فاما كون الشهر فصلا من
فصول العدة فلا اثر له فكان من اوصاف الوجود لا من اوصاف التاثير انما المؤثر
ما ذكرنا فيبنى الحكم عليه وما ذكر محمد رحمه الله في الاصل لا حجة له فيه لان لفظ الحديث
افضل طلاق الحامل ان يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تضع حملها وبه نقول ان ذلك افضل
ولا كلام فيه واما الممتد طهرها فانها لا تطلق للسنة الا واحدة لانها من ذوات الاقراء
لانها رات الدم وهي شابة لم تدخل في حد الاياس الا انه امتد طهرها لداء فيها
يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقي احكام ذوات الاقراء فيها ولا تطلق ذات القرء في
طهر لا جماع فيه للسنة الا واحدة ولو طلق امراته تطليقة واحدة في طهر لا جماع
فيه ثم راجعها بالقول في ذلك الطهر فله ان يطلقها في ذلك الطهر في قول ابي حنيفة
وزفر وقال ابو يوسف لا تطلق في ذلك الطهر للسنة وهو قول الحسن بن زياد
وقول محمد مضطرب ذكر الطحاوي مع قول ابي حنيفة وذكر الفقيه ابو الليث
مع قول ابي يوسف ولو ابانها في طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها فله ان يطلقها في ذلك
الطهر بالاجماع **وجه** قول ابي يوسف ان الطهر طهر واحد والجمع بين طلاقين

في طهر واحد لا يكون سنة كما قبل الرجعة ولابي حنيفة رحمه الله انه لما راجعها فقد ابطل
حكم الطلاق وجعل الطلاق كانه لم يكن في حق الحكم ولانها عادت الى الحالة الاولى
بسبب من جهته فكان له ان يطلقها اخرى كما اذا ابانها في طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها
وعلى هذا الخلاف اذا راجعها بالقبلة او باللمس عن شهوة او بالنظر الى فرجها عن شهوة
وعلى هذا الخلاف اذا امسك الرجل امراته لشهوة فقال لها في حال الملامسة لشهوة
بان كان اخذ بيدها لشهوة انت طالق ثلاثا للسنة وذلك في طهر لم يجامعها فيه
انه يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب للسنة في قول ابي حنيفة رحمه الله فتقع
التطليقة الاولى ويصير مراجعا لها بالامساك عن شهوة ثم تقع الاخرى ويصير
مراجعا لها بالامساك عن شهوة ثم تقع الثالثة وعند ابي يوسف لا يقع عليها للسنة
الا واحدة والطلاقان الباقيان انما يقعان في الطهرين الباقيين وهذا اذا راجعها
بالقول او بفعل اللمس عن شهوة واما اذا راجعها بالجماع بان طلقها في طهر لا جماع فيه
ثم جامعها حتى صار مراجعا لها ثم اراد ان يطلقها في ذلك الطهر ليس له ذلك
لان حكم الطلاق قد بطل بالمراجعة فبقي ذلك الطهر طهرا مستندا جامعها فيه فلا يجوز
له ان يطلقها فيه هذا اذا راجعها بالجماع ولم تحمل منه فان حملت منه فله ان يطلقها [٢] في ٢ اخرى صح
قول ابي حنيفة ومحمد وزفر وعند ابي يوسف ليس له ان يطلقها حتى يمضي شهر من
التطليقة الاولى ○ ابو يوسف يقول هذا طهر واحد فلا يجمع فيه بين طلاقين كما في
المسئلة الاولى وهم يقولون ان الرجعة ابطلت حكم الطلاق والحقته بالعدم وكراهة
الطلاق في الطهر الذي جامعها فيه لمكان الندم لاحتمال الحمل فاذا طلقها مع العلم بالحمل
لا يندم كما لو لم يكن طلقها في هذا الطهر ولكنه جامعها فيه فحملت كان له ان يطلقها لما
قلنا كذا هاهنا ولو طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر فله ان يطلقها
اخرى في قولهم جميعا لانها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر لان الشهر في حقها بدل عن الحيض
ولا حكم للبدل مع وجود المبدل واما اذا طلق امراته وهي من ذوات الاقراء ثم ايست
فله ان يطلقها اخرى حين ايست في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يطلقها [٢] وجه ٢ حتى يمضي شهر صح
قول ابي يوسف ان هذا طهر واحد فلا يجتمع طلاقين ولابي حنيفة ان حكم الحيض قد بطل
بالاياس وانتقل حالها من العدة بالحيض الى العدة بالشهور وذلك يفصل بين التطليقتين
كالانتقال من الشهور الى الحيض في حق الصغيرة وهذا التفريع انما يتصور على الرواية التي
تقدر للاياس حدا معلوما خمسين سنة او ستين سنة فاذا تمت هذه المدة تجدد التطليقة
جاز له ان يطلقها اخرى عند ابي حنيفة لما ذكرنا فاما على الرواية التي لم تقدر للاياس
مدة معلومة وانما علقته بالعادة فلا يتصور هذا التفريع ولو طلق امراته في حالة
الحيض ثم راجعها ثم اراد طلاقها ذكر في الاصل انها اذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت
طلقها ان شاء وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة وذكر الكرخي

انما

ان ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكره في الاصل قول ابي يوسف ومحمد وجه ما ذكره
في الاصل ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه لما طلق ابنه عبد الله
امراته في حالة الحيض مر ابنك فليراجعها ثم يدعها حتى تحيض فتطهر ثم تحيض فتطهر
ثم ليطلقها ان شاء طاهرا من غير جماع امره بتاخير الطلاق الى الطهر الثاني فدل ان
وقت طلاق السنة هو الطهر الثاني دون الاول ولان الحيضة التي طلقها فيها غير
محسوبة من العدة فكان الايقاع فيها كايقاع الطلاق في الطهر الذي يليها ولو طلق
في الطهر الذي يليها لم يكن له ان يطلقها فيه اخرى كذا هذا وجه ما ذكره الطحاوي
ان هذا طهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له ان يطلقها فيه كالطهر الثاني واما
الحديث فقد روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله اخطات السنة ما هكذا امرك
ربك ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة جعل الطلاق
في كل طهر طلاقا على وجه السنة والطهر الذي يلي الحيضة طهر فكان الايقاع فيه ايقاعا
على وجه السنة فيجمع بين الروايتين فتحمل تلك الرواية على الاحسن لانه امره بالتطليقة
الواحدة في طهر واحد لا جماع فيه وهذا احسن الطلاق وهذه الرواية على
الحسن لانه امره بالثلاث في ثلاثة اطهار جمعا بين الروايتين عملا بهما جميعا بقدر
بلغ الامكان **فصل** واما بيان الالفاظ التي يقع بها طلاق السنة فالالفاظ التي
يقع بها طلاق السنة نوعان نص ودلالة النص اما النص فنحو ان يقول انت طالق
للسنة وجملة الكلام فيه ان الرجل اذا قال لامراته وهي مدخول بها انت طالق للسنة
ولا نية له فان كانت من ذوات الاقراء وقعت تطليقة للحال ان كانت طاهرا من
غير جماع وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم تقع الساعة فاذا حاضت
وطهرت وقعت بها تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة
المعرفة باللام لان اللام للاختصاص فيقتضي ان تكون التطليقة مختصة
بالسنة فاذا دخل لام التعريف في السنة فيقتضي استغراق السنة وهذا يوجب تمحضها
٢ او ينصرف الى السنة المعتادة فيما بين الناس والسنة المعتادة المعهودة في باب الطلاق ما لا يشوبها معنى البدعة ٣ سنة بحيث لا يشوبها معنى البدعة وليس ذلك الا الواقع في طهر لا جماع فيه [٢] وان نوى
ثلاثا فثلاث لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف نوعان حسن
واحسن فالاحسن ان يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلقها ثلاثا
في ثلاثة اطهار فاذا نوى الثلاث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح
نيته كما لو قال انت طالق ثلاثا للسنة وان اراد واحدة بائنة لم تكن بائنة لان
لفظ الطلاق لا يدل على البينونة وكذا لفظ السنة بل يمنع ثبوت البينونة لان الابانة
ليست بمسنونة على ظاهر الرواية ويستحيل ان يثبت باللفظ ما يمنع ثبوته وان نوى
الثنتين لم تكن ثنتين لانه عدد محض بخلاف الثلاث لانه فرد من حيث انه كل جنس الطلاق
ولو اراد بقوله طالق واحدة وبقوله للسنة اخرى لم يقع لان قوله للسنة ليس من الفاظ

الطلاق بدليل انه لو قال لامراته انت للسنة ونوى الطلاق لا يقع ولو قال انت طالق
ثنتين للسنة او ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر لم يجامعها فيه تطليقة لانها هي التطليقة
المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف ولو قال انت طالق ثلاثا للسنة ونوى
الوقوع للحال صحت نيته ويقع الثلاث من ساعة تكلم عند اصحابنا الثلاثة وقال
زفر لا تصح نيته وتتفرق على الاطهار وجه قوله انه نوى ما لا يحتمله لفظه فتبطل
نيته وبيان ذلك ان قوله انت طالق ثلاثا للسنة ايقاع التطليقات الثلاث في
ثلاثة اطهار لانها هي التطليقات المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف فصار
كانه قال انت طالق ثلاثا في ثلاثة اطهار ولو نص على ذلك ونوى الوقوع للحال
لم تصح نيته كذا هذا ولنا ان الطلاق تصرف مشروع في ذاته وانما الحظر والحرمة
في غيره لما نبين فكان كل طلاق في اي وقت كان سنة فكان ايقاع الثلاث في الحال
ايقاعا على وجه السنة حقيقة الا ان السنة عند الاطلاق تنصرف الى ما لا يشوبه
معنى البدعة لملازمة الحرام اياه للعرف والعادة فاذا نوى الوقوع للحال فقد
نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته ولان السنة نوعان سنة
ايقاع وسنة وقوع لان وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لما نبين فاذا نوى الوقوع
للحال فقد نوى احدى نوعي السنة فكانت نيته محتملة لما نوى فتصح وان كانت آيسة
او صغيرة فقال لها انت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وان كان قد
جامعها وكذا ان كانت حاملا قد استبان حملها وان نوى الثلاث بقوله للآيسة والصغيرة
انت طالق للسنة او قال انت طالق ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة وبعد شهر
اخرى وبعد شهر اخرى وكذا في الحامل على قول ابي حنيفة وابي يوسف واما
على قول محمد لا يقع الا واحدة بناء على ان الحامل تطلق ثلاثا للسنة عندهما
وعنده لا تطلق للسنة الا واحدة ولو قال انت طالق تطليقة للسنة فهو
مثل قوله انت طالق للسنة وكذا اذا قال انت طالق طلاق السنة واما الدلالة
فنحو ان يقول انت طالق طلاق العدة او طلاق العدل او طلاق الدين او طلاق
الاسلام او طلاق الحق او طلاق القرآن او طلاق الكتاب اما طلاق العدة
فلانه الطلاق في طهر لا جماع فيه لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وطلاق العدل
هو المائل عن الباطل الى الحق لان العدل عند الاطلاق ينصرف اليه وان كان الاسم
في اللغة وضع دلالة على مطلق الميل كاسم الجور عند الاطلاق ينصرف الى الميل من
الحق الى الباطل وان وضع في اللغة دلالة على مطلق الميل والطلاق المائل
من الباطل الى الحق هو طلاق السنة وطلاق الدين والاسلام والقرآن والكتاب
هو ما يقتضيه الدين والاسلام والقرآن والكتاب وهو طلاق السنة وكذلك
طلاق الحق هو ما يقتضيه الدين الحق وذلك طلاق السنة وكذلك قوله انت طالق

احسن

احسن الطلاق او اجمل الطلاق او اعدل الطلاق لانه ادخل الف التفضيل واضافه
الى الطلاق المعرف بالالف واللام الواقع على الجنس فيقتضي وقوع طلاق له مزية على جميع
انواع الطلاق بالحسن والجمال والعدالة كما اذا قيل فلان اعلم الناس يوجب هذا
مزيته على جميع طبقات الناس في العلم وهذا تفسير طلاق السنة ولو قال انت طالق
تطليقة حسنة او جميلة يقع للحال ولو قال انت طالق تطليقة عدلة او عدلية
او عادلة او سنية يقع للسنة في قول ابي يوسف وسوى بينه وبين قوله انت طالق
للسنة وفرق بينه وبين قوله انت طالق تطليقة حسنة او جميلة وذكر محمد في الجامع
الكبير انه يقع للحال تطليقة رجعية سواء كانت حائضا او غير حائض جامعها في طهرها
او لم يجامعها وسوى بينه وبين قوله انت طالق تطليقة حسنة او جميلة وفرق بين هذا
وبين قوله انت طالق للسنة وجه قول محمد ان قوله انت طالق تطليقة سنية
وصف التطليقة بكونها سنية والطلاق في اي وقت كان فهو سني لانه تصرف
مشروع واقتران القبح به لا يخرجه من ان يكون مشروعا في ذاته وهذا القدر
يكفي لصحة الاتصاف بكونها سنية ولا يشترط الكمال الا ترى انه لو قال لامراته
انت باين وقعت تطليقة واحدة ولا ينصرف الى الكمال وهو البينونة الحاصلة
بالثلاث كذا ههنا ولهذا اوقع الطلاق للحال في قوله حسنة او جميلة بخلاف
قوله انت طالق للسنة لان ذلك ايقاع تطليقة مختصة بالسنة لان اللام الاولى
للاختصاص كما يقال هذا اللجام لهذا الفرس وهذا الاكاف لهذه البغلة وهذا
القفل لهذا الباب واللام الثانية للتعريف فان كانت لتعريف الجنس ولهو جنس
السنة اقتضى صفة التمحض للسنة وهو ان لا يشوبها بدعة وان كانت لتعريف
المعهود فالسنة المعهودة في باب الطلاق ما لا يشوبه معنى البدعة وهو الطلاق
في طهر لا جماع فيه وجه قول ابي يوسف ان هذا ايقاع طلاق موصوف
بكونه سنيا مطلقا فلا يقع الا على صفة السنة المطلقة والطلاق السني على الاطلاق
لا يقع في غير وقت السنة ولهذا وقع في وقت السنة في قوله انت طالق للسنة
كذا هذا وفرق ابو يوسف بين السنية والحسنة والجميلة بان ما كان الغالب
فيه ان يجعل صفة للطلاق يجعل صفة له كقوله سنية وعدلية وما كان الغالب فيه
ان يجعل صفة للمراة يجعل صفة للمراة كقوله حسنة وجميلة لان المراة مذكورة في اللفظ
بقوله انت والتطليقة مذكورة ايضا فيحمل على ما يغلب استعمال اللفظ فيه ولو قال لامراته
وهي ممن تحيض انت طالق للحيض وقع عند كل طهر من كل حيضة تطليقة لان الحيض
التي يضاف اليها الطلاق هي اطهار العدة وان كانت ممن لا تحيض فقال لها انت
طالق للحيض لا يقع عليها شيء لانه اضاف الطلاق الى ما ليس بموجود فصار كانه علقه
بشرط لم يوجد ولو قال لها وهي ممن لا تحيض انت طالق للشهور يقع للحال واحدة وبعد شهر اخرى م

فياس

وبعد شهر اخرى لان الشهور التي تضاف اليها الطلاق هي شهور العدة ولذا الحامل على
قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو نوى بشيء من الالفاظ التي يقع بها طلاق السنة وهو
الطلاق في الطهر الذي لا جماع فيه الوقوع للحال تصح نيته ويكون على ما عنى لانه نوى
ما يحتمله كلامه اما في لفظ الاحسن والاجمل والاعدل فلان الف التفضيل قد
يذكر ويراد به مطلق الصفة قال الله تعالى وهو اهون عليه اي هين عليه اذ لا تفاوت
الاشياء في قدرة الله تعالى بل هي بالنسبة الى قدرته سواء فقد نوى ما يحتمله لفظه
ولا تهمة في العدول عن هذا الظاهر لما فيه من التشديد على نفسه فكان مصدقا
وكذا في ساير الالفاظ وذكرنا ان الطلاق تصرف مشروع في نفسه فكان ايقاعه
سنة في كل وقت او لان وقوعه عرف بالسنة على ما نذكر وذكر بشر عن ابي يوسف
ان هذا النوع من الالفاظ اقسام ثلاثة قسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه
وبين الله تعالى وفي القضاء نوى او لم ينو وقسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه
وبين الله تعالى وفي القضاء ان نوى وان لم ينو لا يكون للسنة ويقع الطلاق للحال
وقسم منها ما يصدق فيه اذا كان نوى به طلاق السنة فيما بينه وبين الله تعالى
ويقع في اوقاتها ولا يصدق في القضاء بل يقع للحال اما القسم الاول فهو ان يقول انت
طالق للعدة او انت طالق طلاق العدة او طلاق الدين او طلاق الاسلام او
قال انت طالق طلاقا عدلا او طلاق سنة او طلاق عدة او احسن الطلاق او اجمل
الطلاق او طلاق الحق او طلاق القران او طلاق الكتاب او قال انت طالق للسنة
او في السنة او بالسنة او مع السنة او عند السنة او على السنة واما القسم الثاني
فهو ان يقول انت طالق في كتاب الله او بكتاب الله او مع كتاب الله لان في كتاب الله
دليل وقوع الطلاق للسنة وللبدعة لان فيه شرع الطلاق مطلقا فكان الطلاق
نصا مشروعا في نفسه فكان كلامه محتملا للامرين فيوقف على نيته واما القسم الثالث
فهو ان يقول انت طالق على الكتاب او بالكتاب او على قول القضاة او على قول الفقهاء او قال
انت طالق طلاق القضاة او طلاق الفقهاء لان الفقهاء والقضاة يقولون من كتاب الله
تعالى قال الله تعالى ولا رطب ولا يابس الا في كتاب مبين وفي كتاب الله تعالى دليل
الامرين جميعا لما بينا فكان لفظه محتملا للامرين فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى
ويقع في وقت السنة ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر والله اعلم وان كان
الزوج غايبا فاذا اراد ان يطلقها للسنة واحدة فانه يكتب اليها اذا جاءك كتابي
هذا ثم حضت وطهرت فانت طالق ثم اذا حضت وطهرت فانت طالق ثم اذا حضت
وطهرت فانت طالق وذكر محمد في الرقيات انه يكتب اليها اذا جاءك كتابي هذا فعلمت ما
فيه ثم حضت وطهرت فانت طالق وتلك الرواية احوط والله اعلم

فصل

واما طلاق البدعة فالكلام فيه في ثلاثة مواضع في تفسيره وفي بيان الالفاظ التي

يقع

يقع بها طلاق البدعة وفي بيان حكمه اما الاول فطلاق البدعة نوعان ايضا نوع يرجع
الى الوقت ونوع يرجع الى العدد ايضا احدهما الطلقة الواحدة الرجعية في حالة
اما الذي يرجع الى الوقت فنوعان صح
الحيض اذا كانت مدخولا بها سواء كانت حرة او امة لما روينا عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما حين طلق امراته في حالة الحيض اخطات
السنة ولان فيه تطويل العدة عليها لان الحيضة التي صادفها الطلاق غير محسوبة
من العدة فتطول العدة عليها وذلك اضرار بها ولان الطلاق للحاجة هو الطلاق في
زمان كمال الرغبة وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الاقدام عليه فيه دليل الحاجة
الى الطلاق فلا يكون الطلاق فيه سنة بل يكون سفها الا ان هذا المعنى يشكل بما قبل الدخول
فالصحيح هو المعنى الاول واذا طلقها في حالة الحيض فالافضل له ان يراجعها لما روي
ان ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امراته في حالة الحيض امر النبي صلى الله عليه وسلم
ان يراجعها ولانه اذا راجعها امكنه ان يطلقها للسنة فيتبين منه بطلاق غير مكروه
فكانت الرجعة اولى ولو امتنع عن المراجعة لا يجبر عليها وذكر في العيون ان الامة اذا
اعتقت فلا باس بان تختار نفسها وهي حايض وكذلك الصغيرة اذا ادركت وهي حايض
وكذلك امراة العنين اذا مضى اجل العنين وهي حايض والثاني الطلقة الواحدة
الرجعية في ذوات القروء في طهر جامعها فيه حرة كانت او امة لاحتمال انها حملت
بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم فيتبين انه طلقها لا لحاجة وفايدة فكان سفها فلا
يكون سنة ولانه اذا جامعها فقد قلت رغبته اليها فلا يكون الطلاق في ذلك الطهر
طلاقا لحاجة على الاطلاق فلم يكن سنة واما الذي يرجع الى العدد فهو ايقاع الثلاث
او الثنتين في طهر واحد لا جماع فيه سواء كان على الجمع بان اوقع الثلاث جملة واحدة
او على التفاريق واحدا بعد واحد بعد ان كان الكل في طهر واحد وهذا قول اصحابنا
وقال الشافعي لا اعرف في عدد الطلقات سنة ولا بدعة بل هو مباح وانما السنة والبدعة
في الوقت فقط احتج بعمومات الطلاق من الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى
فطلقوهن لعدتهن وقوله الطلاق مرتان وقوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم
تمسوهن شرع الطلاق من غير فصل بين العدد والفرد والمفترق والمجتمع واما
السنة فقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه والدليل
على ان عدد الطلاق في طهر واحد مشروع انه معتبر في حق الحكم بلا خلاف بين الفقهاء
وغير المشروع لا يكون معتبرا في حق الحكم الا ترى ان بيع الخل والعصير ونكاح الاجانب
لما كان مشروعا كان معتبرا في حق الحكم وبيع الميتة والدم والخمر والخنزير ونكاح
المحارم لما لم يكن مشروعا لم يكن معتبرا في حق الحكم وها هنا لما اعتبر في حق الحكم دل
انه مشروع وبهذا عرفت شرعية الطلقة الواحدة في طهر واحد والثلاث في ثلاثة
اطهار كذا المجتمع ولنا الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى

وهو الثلاث في ثلثة اطهار صح

فطلقوهن لعدتهن اي في اطهار عدتهن هكذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما
بينا فيما تقدم امر بالتفريق والامر بالتفريق يكون نهيا عن الجمع ثم ان كان الامر امر
ايجاب كان نهيا عن ضده وهو الجمع نهي تحريم وان كان امر ندب كان نهيا عن ضده
وهو الجمع نهي ندب وكل ذلك حجة على المخالف لان الاول يدل على التحريم والاخر يدل
على الكراهة وهو لا يقول بشي من ذلك وقوله تعالى الطلاق مرتان اي دفعتان الا
ترى ان من اعطى اخر درهمين لم يجز ان يقال اعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين ووجه
الاستدلال انه هذا وان كان ظاهره الخبر فان معناه الامر لان الحمل على ظاهره
يودي الى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف لان الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد وقد
يخرج اللفظ مخرج الخبر على ارادة الامر قال الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن
اي ليتربصن وقال والوالدات يرضعن اولادهن اي ليرضعن ونحو ذلك كذا ههنا
فصار كانه قال طلقوا مرتين اذا اردتم الطلاق والامر بالتفريق نهي عن الجمع لانه ضده
فيدل على كون الجمع حراما او مكروها على ما بينا **فان قيل** هذه الاية حجة عليكم لانه
ذكر جنس الطلاق وجنس ثلاث والثلاث اذا اوقع دفعتين كان الواقع في دفعة
طلقتان فيدل على كون الطلقتين في دفعة مسنونتين **فالجواب** ان هذا امر بتفريق
الطلاقين من الثلاث لا بتفريق الثلاث لانه امر بالرجعة عقيب الطلاق مرتين اي
دفعتين بقوله تعالى فامساك بمعروف وهو الرجعة وتفريق الثلاث وهو ايقاعها
دفعتين لا يعقب الرجعة فكان هذا امرا بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق كل جنس
الطلاق وهو الثلاث والامر بتفريق طلاقين من الثلاث يكون نهيا عن الجمع بينهما
فوضح وجه الاحتجاج بالاية بحمد الله تعالى واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن نهي عن
الطلاق ولا يجوز ان يكون النهي عن الطلاق لعينه لانه بقي معتبرا شرعا في حق الحكم
بعد النهي فعلم ان ههنا غيرا حقيقيا ملازما للطلاق يصلح ان يكون منهيا فكان
النهي عنه لا عن الطلاق ويجوز ان يمنع من المشروع لمكان الحرام المجاور كما في الطلاق
في حالة الحيض والبيع وقت النداء والصلاة في الارض المغصوبة وغير ذلك وروي
عن عمر رضي الله عنه انه كان لا يوتى برجل طلق امراته ثلاثا الا اوجعه ضربا واجاز
ذلك عليه وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا والله اعلم **واما** المعقول فـ
من وجوه احدها ان النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة الى مصالح الدين والدنيا والطلا[ق]
ابطال له وابطال المصلحة مفسدة وقد قال الله تعالى والله لا يحب الفساد وهذا هو
معنى الكراهة الشرعية ههنا عندنا ان الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به الا انه قد يخرج من
ان يكون مصلحة لعدم توافق الاخلاق وتباين الطباع او لفساد يرجع الى نكاحها بان علم
الزوج ان المصالح لا تتوفر بنكاح هذه المراة او ان المقام معها سبب فساد دينه ودنياه فتنقلب

المصلحة

المصلحة في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح من امراة اخرى الا ان احتمال انه لم يتامل
حق التامل ولم ينظر حق النظر في العاقبة قايم والشرع والعقل يدعوانه الى النظر
وذلك في ان يطلقها طلقة واحدة رجعية حتى ان التباين او الفساد اذا كان من
جهة المراة تتوب وتعود الى الصلاح اذا ذاقت مرارة الفراق وان كانت
لا تتوب ينظر في حال نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها فان علم انه لا يمكنه الصبر عنها
راجعها وان علم انه يمكنه الصبر عنها يطلقها في الطهر الثاني ثانيا ويجرب نفسه
ثم يطلقها فيخرج نكاحها من ان يكون مصلحة ظاهرا وغالبا لانه لا يلحقه الندم غالبا
فابيحت الطلقة الواحدة والثلاث في ثلاثة اطهار على تقدير خروج نكاحها
من ان يكون مصلحة وصيرورة المصلحة في الطلاق فاذا طلقها ثلاثا جملة واحدة
في حالة الغضب وليست حالة الغضب حالة التامل لم يعرف خروج النكاح من
ان يكون مصلحة فكان الطلاق ابطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة
والثاني ان النكاح عقد مسنون بل هو واجب لما ذكرنا في كتاب النكاح فكان الطلاق
قطعا للسنة وتفويتا للواجب فكان الاصل فيه الحظر والكراهة الا انه رخص
للتاديب او للتخليص والتاديب يحصل بالطلقة الواحدة في الرجعية لان
التباين او الفساد اذا كان من قبلها فاذا ذاقت مرارة الفراق فالظاهر
انها تتادب وتتوب وتعود الى الموافقة والصلاح والتخليص يحصل بالثلاث
في ثلاثة اطهار والثابت بالرخصة يكون ثابتا بطريق الضرورة ولا ضرورة
صار مقتضيا بما ذكرنا فلا ضرورة الى الجمع بين الثلاث في طهر واحد فبقي ذلك
على اصل الحظر والثالث انه اذا طلقها ثلاثا في طهر واحد فربما يلحقه الندم وقد
قال الله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قيل في التفسير اي ندامة
على ما سبق من فعله او رغبة فيها ولا يمكنه التدارك بالنكاح فيقع في السفاح
فكان في الجمع احتمال الوقوع في الحرام وليس في الامتناع ذلك والتحرز عن مثله واجب
شرعا وعقلا بخلاف الطلقة الواحدة لانها لا تمنع من التدارك بالرجعة وبخلاف
الثلاث في ثلاثة اطهار لان ذلك لا يعقب الندم ظاهرا لانه يجرب نفسه في الاطهار
الثلاثة فلا يلحقه الندم وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف لان الطلاق عندنا
تصرف مشروع في نفسه الا انه ممنوع عنه لغيره لما ذكرنا من الدلايل ويستوي
في كراهة الجمع ان تكون المراة حرة او امة مسلمة او كتابية لان الموجب للكراهة
لا يوجب الفصل وهو ما ذكرنا من الدلايل والخلع في الطهر الذي لا جماع فيه غير
مكروه بالاجماع وفي الطلاق الواحد البائن روايتان ذكر في كتاب الطلاق انه يكره
وذكر في زيادات الزيادات انه لا يكره **وجه** تلك الرواية ان الطلاق الواحد البائن صح
لا يفارق الرجعي الا في صفة البينونة وصفة البينونة لا تنافي صفة السنة الا

نرى ان الطلقة الواحدة قبل الدخول باينة وانها سنة وكذا الخلع في طهر لا جماع فيه
باين وانه سنة **وجه** رواية كتاب الطلاق ان الطلاق شرع في الاصل بطريق
الرخصة للحاجة على ما بينا ولا حاجة الى الباين لان الحاجة تندفع بالرجعي فكان
البائن طلاقا من غير حاجة فلم يكن سنة ولان فيه احتمال الوقوع في الحرام لاحتمال
الندم ولا يمكنه المراجعة وربما لا توافقه المراة في النكاح فيتبعها بطريق حرام
وليس في الامتناع عنه احتمال الوقوع في الحرام فيجب التحرز عنه بخلاف الطلاق
قبل الدخول لانه طلاق لحاجة لانه قد يحتاج الى الطلاق قبل الدخول ٢ الطلاق
قبل الدخول لا يتصور ايقاعه الا باينا فكان طلاقا للحاجة فكان مسنونا وكذلك
الخلع لانه قد تقع الحاجة الى الخلع ولا يتصور ايقاعه الا بصفة الابانة الا ترى انه لا
يتصور ان يكون رجعيا ولان الله تعالى رفع الجناح في الخلع مطلقا بقوله فلا
جناح عليهما فيما افتدت به فدل على كونه مباحا مطلقا ثم البدعة في الوقت يختلف
فيها المدخول بها وغير المدخول بها فيكره ان يطلق المدخول بها في حالة الحيض ولا يكره
ان يطلق غير المدخول بها في حالة الحيض لان الكراهة في حالة الحيض لمكان تطويل العدة
ولا يتحقق ذلك في غير المدخول بها واما كونها طاهرا من غير جماع فلا يتصور في غير المدخول
بها لان ما ذكرنا من الدلايل لا يوجب الفصل بينهما **فصل** واما الالفاظ التي يقع
بها طلاق البدعة فنحو ان يقول انت طالق للبدعة او انت طالق طلاق البدعة او
طلاق الجور او طلاق المعصية او طلاق الشيطان فاذا نوى ثلاثا فهو ثلاث لان ايقاع
الثلاث في طهر واحد لا جماع فيه بدعة والواحدة في طهر جامعها فيه بدعة والطلاق
في حالة الحيض بدعة فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وروى
هشام عن محمد انها واحدة يملك الرجعة لان البدعة لم تجعل لها وقت في الشرع لتنصرف
الاضافة اليه فيلغو قوله للبدعة ويبقى قوله انت طالق فيقع به تطليقة واحدة رجعية
وكذلك اذا قال انت طالق طلاق الجور او طلاق المعصية او طلاق الشيطان ونوى
الثلاث وان لم يكن له نية فان كان في طهر جامعها فيه او في حالة الحيض وقع من ساعته
وان لم يكن لا يقع للحال ما لم تحض او يجامعها في ذلك الطهر والله اعلم **فصل**
واما حكم طلاق البدعة فهو انه واقع عند عامة العلما وقال بعض الناس انه لا يقع وهو
مذهب الشيعة ايضا **وجه** قولهم ان هذا الطلاق منهي عنه لما ذكرنا من الدلايل
فلا يكون مشروعا وغير المشروع لا يكون معتبرا في حق الحكم ولان الله تعالى جعل لنا ولاية الايقاع
على وجه مخصوص ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك ايقاعه على غير ذلك الوجه
كالوكيل بالطلاق على وجه السنة اذا طلقها للبدعة انه لا يقع لما قلنا كذا هذا ولنا ما
روي عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه ان بعض ابايه طلق امراته الفا فذكر ذلك
للنبي صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام بانت بالثلاث في معصية وتسعماية وسبعة

م ولا يمكن دفع الحاجة بالطلاق الرجعي لان صح

م واما البدعة في العدد فيستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها صح

ط وكذا يستوي في السنة والبدعة المسلمة والكتابية والحرة والامة لان الدلايل لا توجب الفصل بين الكل صح

وتسعون

وتسعون فيما لا يملك وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان احدكم يركب الاحموقة
فيطلق امراته الفا ثم ياتي فيقول يا ابا عباس يا ابا عباس وان الله قال ومن يتق الله
يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلا اجد لك مخرجا بانت امراتك وعصيت ربك
وروينا عن عمر رضي الله عنه انه كان لا يوتى برجل طلق امراته ثلاثا الا اوجعه ضربا
واجاز عليه وكان قضاياه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا منهم على ذلك ٢ ذلك م
واما قولهم ان غير المشروع لا يكون معتبرا في حق الحكم فنعم لكن الطلاق نفسه مشروع
عنه ما فيه حظر وانما الحظر والحرمة في غيره وهو ما ذكرنا من الفساد والوقوع
في الزنا والسفه وتطويل العدة واذا كان مشروعا في نفسه جاز ان يكون معتبرا في
حق الحكم وان منع عنه لغيره كالبيع وقت اذان الجمعة والصلاة في الارض المغصوبة
ونحو ذلك وقد خرج الجواب عن الوجه الثاني وهو ان من ولي تصرفا لا يملك ايقاعه
الا على الوجه الذي ولي لانه ما اوقع الطلاق الا على الوجه الذي ولي ايقاعه لانه تصرف
مشروع في نفسه لا يتصور ايقاعه غير مشروع الا انه نهي عن الطلاق بالشر لتصرفا
مشروعا فاذا ارتكب محظورا فيأثم بارتكاب المحظور لا بمباشرة المشروع كما في البيع
وقت النداء ونظايره بخلاف الوكيل لان التوكيل بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق
مشروع لا يتضمن ارتكاب حرام بوجه فاذا طلقها للبدعة فقد اتى بطلاق مشروع
يلازمه حرام فلم يات بما امر به فلا يقع فهو الفرق **فصل** واما بيان قدر
الطلاق وعدده فنقول وبالله التوفيق الزوجان اما ان كانا حرين واما
ان كانا رقيقين واما ان كان احدهما حرا والاخر رقيقا فان كانا حرين فالحر
يطلق امراته الحرة ثلاث تطليقات بلا خلاف وان كانا رقيقين فالعبد لا يطلق
امراته الامة الا تطليقتين بلا خلاف ايضا واختلف فيما اذا كان احدهما حرا
والاخر رقيقا ان عدد الطلاق يعتبر بحال الرجل في الحرية والرق ام بحال المراة
قال اصحابنا رحمهم الله يعتبر بحال المراة وقال الامام الشافعي رضي الله عنه يعتبر
بحال الرجل حتى ان العبد اذا كان تحته حرة يملك عليها ثلاث تطليقات عندنا وعنده
لا يملك عليها الا تطليقتين والحر اذا كان تحته امة لا يملك عليها الا تطليقتين عندنا
وعنده يملك عليها ثلاث تطليقات والمسالة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم وروي
عن علي وعبد الله بن مسعود مثل قولنا وعن عثمان وزيد ابن ثابت مثل قوله وعن عبد الله
بن عمر رضي الله عنه انه معتبر بحال ايهما كان رقيقا ولا خلاف في العدة ٢ انها تعتبر بحال
المراة احتج الشافعي رضي الله عنه بما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنسا والمراد
منه اعتبار الطلاق في العدد والعدة لا الايقاع لان ذلك مما لا يشكل وروي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يطلق العبد ثنتين وتعتد الامة بحيضتين

٢ ان م

من غير فصل بينهما اذا كانت تحته امة او حرة ولان الرق انما يوثر في نقصان الحل لكون الحل
نعمة وانه نعمة في جانب الرجل لا في جانب المراة لانها مملوكة مرقوقة فلا يوثر رقها
في نقصان الحل **ولنا** الكتاب والسنة والمعقول **اما** الكتاب فقوله تعالى الطلاق
مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والنص ورد في الحرة
اخبر الله تعالى ان حل الحرة يزول بالثلاث من غير فصل بينما اذا كانت تحت حر ان صح
او تحت عبد فيجب العمل باطلاقه والدليل على ان النص ورد في الحرة قراين الاية
احدها انه قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به والامة لا تملك الافتداء بغير اذن
المولى والثاني قوله حتى تنكح زوجا غيره والامة لا تملك انكاحها نفسها من غير اذن
مولاها والثالث قوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا اي بنكاح بعد طلاق الزوج
الثاني وذا من الحر والحرة **واما** السنة فما روي عن عائشة رضي الله عنها عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان جعل طلاق جنس
الاماء ثنتين لانه ادخل لام الجنس على الاماء كانه قال طلاق كل امة ثنتان من غير فصل
بينما اذا كان زوجها عبدا او حرا **واما** المعقول فمن وجهين احدهما ان الاصل في
الطلاق هو الحظر لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم الا انه ابيحت الطلقة الواحدة للحاجة
الى الخلاص عند مخالفة الاخلاق لان عند ذلك تصير المصلحة في الطلاق ليتزوج كل
واحد منهما بمن يوافقه فيحصل مقاصد النكاح الا ان احتمال الندم من الجانبين قائم بعد نع بقوله صح
الطلاق كما اخبر الله لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا فلو ثبتت الحرمة بطلقة آخر م
واحدة ولم يشرع طلاق واحد حتى يتامل الزوج فيه ربما يندم ولا يمكنه التدارك بالرجعة
ولا يوافقه المراة في النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا فابيحت الطلقة الثانية
لهذه الحاجة ولا حاجة الى الطلقة الثالثة الا ان الشرع ورد بها في الحرة اذا كانت
تحت حر او عبد اظهارا لخطر النكاح وابانة لشرفه وملك النكاح في الامة في الشرف
والخطر دون ملك النكاح في الحرة لان شرف النكاح وخطره بما يتعلق به من المقاصد
الدينية والدنياوية منها الولد والسكن ومعلوم ان هذين المقصودين في نكاح الامة
دونهما في نكاح الحرة لان ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق والمقصود من الولد
الاستيناس او الانتصار به في الدنيا والدعوة الصالحة في العقبى وهذا المقصود لا يحصل
من الولد الرقيق مثل ما يحصل من الحر لكون المرقوق مشغولا بخدمة المولى وكذا سكون
نفس الزوج الى امراته الامة لا يكون مثل سكونها الى المراة الحرة فلم يكن هذا المعنى مورد
الشرع فيثبت الطلقة الثالثة فيه على اصل الحظر والثاني ان حكم الطلاق زوال الحل
وهو حل المحلية فيتقدر بقدر الحل وحل الامة انقص من حل الحرة لان الرق منقص للحل
لان الحل نعمة لكونه وسيلة الى النعم وهي مقاصد النكاح والوسيلة الى النعم نعمة وللرق اثر
في نقصان النعمة ولهذا اثر في نقصان النعمة ولهذا اثر في نقصان المالكية حتى يملك الحر

التزوج

التزوج باربع نسوة والعبد لا يملك التزوج الا بامراتين واما الحديثان فقد قيل
انهما غريبان ثم انهما من الاحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد ولا معارضة
الخبر المشهور به ثم نقول لا حجة فيهما اما الاول فلان قوله الطلاق بالرجال الصاق الاسم
بالاسم فيقتضي ملصقا محذوفا والملصق المحذوف يحتمل ان يكون هو الايقاع ويحتمل ان يكون
هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال وقوله الايقاع لا يشكل ممنوع بل فيه اشكال وبيان
الاشكال من وجهين احدهما ان النكاح مشترك بين الزوجين في الانعقاد والاصل
في كل عقد كان انعقاده بعاقدين ان يكون ارتفاعه بهما ايضا كالبيع والاجارة ونحوهما
والثاني انه مشترك بينهما في الاحكام والمقاصد فيشكل ان يكون الايقاع بهما على الشركة
فحل الاشكال بقوله الطلاق بالرجال واما الثاني ففيه ان العبد يطلق ثنتين وهذا
لا ينفي الثالثة كما يقال فلان يملك درهمين وقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان
اضافة الطلاق الى الامة والاضافة للاختصاص فيقتضي ان يكون الطلاق المختص
بالامة ثنتين ولو ملك الثالثة عليها لبطل الاختصاص ومثاله قول القائل مال فلان
درهمان انه ينفي الزيادة لما قلنا كذا هذا وقد خرج الجواب عن قوله ان الحل في جانبها
لانا بينا انه نعمة م ليس بنعمة في حقها ايضا لكونه وسيلة الى النعم والملك في باب النكاح ليس بمقصود بل هو
نع وسيلة الى المقاصد التي هي نعم والوسيلة الى النعم نعمة **فصل** واما بيان ركن
الطلاق فركن الطلاق هو اللفظ الذي وضع دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية
م او شرعا وهو ازالة حل المحلية في النوعين او ما يقوم مقام اللفظ اما اللفظ فمثل صح والارسال ورفع القيد في الصريح في الكناية وقطع الوصلة ونحوه في الكناية ان يقول في الكناية
انت باين او ابنتك ويقول في الصريح انت طالق او طلقتك وما يجري هذا المجرى الا ان
التطليق والطلاق يستعملان في المراة خاصة والاطلاق يستعمل في غيرها يقال في
ط في العرف صح المراة طلق يطلق تطليقا وطلاقا وفي البعير والاسير ونحوهما يقال اطلق يطلق اطلاقا
م في اللغة صح وان كان المعنى في اللفظين لا يختلف ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان وعديل
وعدل فالحصان بفتح الحاء يستعمل في المراة وبالخفض يستعمل في الفرس وان كانا يدلان
على معنى واحد وهو المنع والعديل يستعمل في الادمي والعدل فيما سواه وان كانا
ماخوذين من المعادلة كذا هذا ولهذا قالوا ان من قال لامراته انت طالق مطلقة مخففة
انه يرجع الى نيته لان الاطلاق في العرف يستعمل في اثبات الانطلاق عن الحبس والقيد
الحقيقي فلا يحمل على القيد الحكمي الا بالنية ويستوي في الركن ذكر التطليقة وبعضها حتى لو قال
لها انت طالق بعض تطليقة او ربع تطليقة او ثلث تطليقة او نصف تطليقة او جزءا من الف
جزء من تطليقة يقع تطليقة كاملة وهذا قول عامة العلماء وقال ربيعة الرازي لا يقع عليها
شيء لان نصف تطليقة لا يكون تطليقة حقيقة بل هو بعض تطليقة وبعض الشيء غير ذلك الشيء
ان لم يكن غيره **ولنا** ان الطلاق لا يتبعض وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله كالعفو
عن بعض القصاص انه يكون عفوا عن الكل ولو قال انت طالق واحدة ونصفا او واحدة وثلث

طلقت اثنتين لان البعض من تطليقة تطليقة كاملة فصار كانه قال انت طالق ثنتين بخلاف ما اذا قال انت طالق واحدة ونصفها وثلثها انه لا يقع الا واحدة لانه هناك اضاف النصف الى الواحدة الواقعة والواقع لا يتصور وقوعه ثانيا وهاهنا ذكر نصفا منكرا غير مضاف الى واقع فيكون ايقاع تطليقة اخرى ولو قال انت طالق سدس تطليقة فهو ثلاث لما ذكرنا ان كل جزء من تطليقة تطليقة كاملة هذا اذا كانت مدخولا بها وان كانت غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة لانها بانت بالاولى كما اذا قال انت طالق وطالق وطالق ولو قال انت طالق سدس تطليقة وثلثها ونصفها بعد ان لا يتجاوز العدد عن واحد لو جمع ذلك فهو تطليقة واحدة ولو تجاوز بان قال انت طالق سدس تطليقة وربعها وثلثها ونصفها لم يذكر هذا في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يقع تطليقتان وقال بعضهم يقع تطليقة واحدة ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين ثلاثة امثال تطليقة فصار كانه قد قال انت طالق ثلاث تطليقات ولو كان له اربع نسوة فقال بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة لان التطليقة الواحدة اذا قسمت على اربع اصاب كل واحدة منهن ربعها وربع تطليقة تطليقة كاملة وكذلك اذا قال بينكن تطليقتان او ثلاث او اربع لان التطليقتين اذا قسمت بين الاربع يصيب كل واحدة نصف تطليقة ونصف تطليقة تطليقة كاملة **فان قيل** الا ينقسم كل تطليقة بحيالها على الاربع فيلزم تطليقتان **فالجواب** انه ما فعل هكذا بل جعل التطليقتين جميعا بين الاربع لان الجنس واحد لا يتفاوت والقسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملته وانما تقسم الاحاد اذا كان الذي متفاوتا فان نوى الزوج ان يكون كل طلقة على حيالها بينهن يكون على ما نوى ويقع على كل واحدة منهن تطليقتان لانه نوى ما يحتمله كلامه وهو غير متهم فيه لانه شدد على نفسه فيصدق ولو قال بينكن خمس تطليقات فكل واحدة طالق اثنتين لان الخمسة اذا قسمت على الاربع اصاب كل واحدة تطليقة وربع تطليقة وربع تطليقة كاملة فيكون تطليقتين وعلى هذا ما زاد على خمسة الى ثمانية فان قال بينكن تسع تطليقات وقعت على كل واحدة ثلاث تطليقات لان التسعة اذا قسمت على اربعة اصاب كل واحدة منهن تطليقتان وربع تطليقة تطليقة كاملة فيقع على كل واحدة ثلاثا وعلى هذا قالوا لو قال اشركت بينكن في تطليقتين او في ثلاث او اربع او خمس او ست او سبع او ثمان او تسع ان هذا وقوله بينكن كذا سواء لان لفظة البين تنبئ عن الشركة فقوله بينكن كذا معناه اشركت بينكن كذا بخلاف ما اذا طلق امراته تطليقتين ثم قال اشركت بينكن كذا بخلاف ما اذا طلق امراته تطليقتين ثم قال للاخرى قد اشركتك في طلاقها انه يقع عليها تطليقتان لان قوله اشركتك في طلاقها انه يقع عليها تطليقتان في طلاقها اثبات الشركة في الواقع ولا تثبت الشركة في الواقع الا بثبوت الشركة في كل واحدة منهما لانه لا يمكن رفع التطليقة الواقعة عنها وايقاعها على الاخرى فلزمت الشركة في كل واحدة من التطليقتين على الانفراد وهذا

يوجب

وثلث تطليقة ونصف تطليقة او ثلثي تطليقة ص

فهو ثلاث لان نصف التطليقتين تطليقة وثلاثة انصاف تطليقتين ص

وربع تطليقة ص

وربع

يوجب وقوع تطليقتين على الاخرى وسواء كان مباشرة الركن من الزوج بطريق الاصالة او من غيره بطريق النيابة عنه بالوكالة والرسالة لان الطلاق مما تجري فيه النيابة فكان فعل النايب كفعل المنوب عنه والله اعلم **فصل** واما شرايط الركن فانواع بعضها يرجع الى الزوج وبعضها يرجع الى المراة وبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الوقت اما الذي يرجع الى الزوج فمنها ان يكون عاقلا حقيقة او تقديرا فلا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط اهلية التصرف لان به يعرف كون التصرف مصلحة وهذه التصرفات ما شرعت الا لمصالح العباد واما السكران اذا طلق امراته فان كان سكره بسبب محظور بان شرب الخمر او النبيذ طوعا حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن عثمان رضي الله عنه انه لا يقع طلاقه وبه اخذ الطحاوي والكرخي وهو احد قولي الشافعي **وجه** قولهم ان عقله زايل والعقل من شرايط اهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لم يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل والذي زال عقله بالبنج والدواء كذا هذا والدليل عليه انه لا تصح ردته فلان لا يقع طلاقه اولى **ولنا** عموم قوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين السكران وغير الا من خص بدليل وقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان عقله زال بسبب هو معصية فينزل قايما عقوبة عليه وزجرا له عن ارتكاب المعصية ولهذا لو قذف انسانا او قتل يجب عليه الحد والقصاص وانهما لا يجبان على غير العاقل دل ان عقله جعل قايما وقد يعطى للزايل حقيقة حكم القايم تقديرا اذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع كمن قتل مورثه انه يحرم الميراث ويجعل المورث حيا زجرا للقاتل عقوبة عليه بخلاف ما اذا زال بالبنج والدواء لانه ما زال بسبب هو معصية الا انه لا يصح ردة السكران استحسانا نظرا له لان ابقا العقل تقديرا بعد زواله حقيقة للزجر فانما وقع الحاجة الى الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي اليه طبعا والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعي فلا حاجة الى استبقا عقله فيها للزجر ولان جهة زوال العقل حقيقة يقتضي بقا الاسلام وجهة بقايه تقديرا يقتضي زوال الاسلام فيرجح جانب البقا لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولهذا الحكم باسلام الكافر اذا اكره على الاسلام ولا يحكم بكفر المسلم اذا اكره على اجرا كلمة الكفر فاجرا واخبر ان قلبه كان مطمينا بالايمان كذا هذا وان كان سكره بسبب مباح لكن حصل له به لذة بان شرب الخمر مكرها حتى سكر او شربها عند ضرورة العطش فسكر قالوا ان طلاقه واقع ايضا لانه وان زال عقله فانما حصل زوال عقله بلذة فيجعل قايما ويلحق الاكراه والاضطرار بالعدم كانه شرب طايعا حتى سكر وذكر محمد رحمه الله ان امراة جلست على صدر زوجها ومعها شفرة فوضعتها على حلقه وقالت لتطلقني ثلاثا او لانفذنها فناشدها الله

م واما الذي هو من مقام اللفظ فالكتابة والاشارة على ما نذكر ص

باسناده صح اعقله ذو جها

وذكر محمد رحمه الله فيمن شرب النبيذ فلم يزل عقله ولكنه صدع فزال عقله بالصداع انه لا يقع طلاقه لانه ما زال عقله بمعصية ولا بلذة فكان زايلا حقيقة وتقديرا وكذا اذا شرب البنج او الدواء الذي يسكر وزال عقله لا يقع طلاقه لما قلنا **فصل** ومنها ان لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نايما فلا يقع طلاق هولاء لما قلنا في المجنون وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه **فصل** ومنها ان يكون بالغا فلا يقع طلاق الصبي وان كان عاقلا لان الطلاق لم يشرع الا عند خروج النكاح من ان يكون مصلحة وانما يعرف ذلك بالتامل والصبي لاشتغاله باللهو واللعب لا يتامل فلا يعرف واما كون الزوج طايعا فليس بشرط عند اصحابنا وعند الشافعي شرط حتى يقع طلاق المكره عندنا وعنده لا يقع ونذكر المسئلة في كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى ص

تعالى ان لا تفعل فابت فطلقها ثلاثا فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة
في الطلاق وكذا كونه جادا ليس بشرط فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب به
لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد
النكاح والطلاق والعتاق وروي الطلاق والنكاح والرجعة وعن ابي الدرداء
رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق او عتاق لزمه
وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تتخذوا آيات الله هزوا وكان الرجل في الجاهلية يطلق امراته
ثم يرجع فيقول كنت لاعبا ويعتق عبده ثم يرجع فيقول كنت لاعبا فنزلت الآية
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق او حرر او نكح وقال اني كنت لاعبا فهو جائز
منه وكذا التكلم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة والاشارة
المعلومة من الاخرس لان الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ والاشارة المعلومة
تقوم مقام العبارة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيقع طلاق شارط الخيار
لان شرط الخيار للتمكن من الفسخ عند الحاجة والطلاق لا يحتمل الفسخ بقوله صلى الله عليه
وسلم لا قيلولة في الطلاق وكذا كونه عامدا ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطئ وهو الذي اراد ان يتكلم
بغير الطلاق فيسبق على لسانه الطلاق فان الغايب بالخطا ليس الا القصد وانه ليس
بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق وكذلك العتاق لما قلنا في
الطلاق وذكر الكرخي ان في العتاق روايتين فان هشاما روى عن محمد عن ابي
حنيفة ان من اراد ان يقول لامراته اسقيني ماء فقال لها انت طالق وقع ولو اراد
ذلك في العبد فقال انت حر لم يقع وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انهما
يستويان وهو الصحيح لما ذكرنا وجه رواية هشام ان ملك البضع يثبت
بسبب يستوي فيه القصد وعدم القصد وهو النكاح فجاز ان يستوي فيه زواله بخلاف ملك
العبد فانه يثبت بسبب يختلف فيه القصد وعدم القصد وهو البيع فكذلك زواله
وهذا ليس بسديد لانه قد يشترط لثبوت الحكم من الشرائط ما لا يشترط لزواله فكان
الاستدلال بالثبوت على الزوال استدلالا والله اعلم **فصل** ومنها النية
في احد نوعي الطلاق وهو الكناية وجملة الكلام في هذا الشرط في موضعين احدهما
في بيان الالفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع نوعان صريح وكناية اما الصريح فهو اللفظ
الذي لا يستعمل الا في حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق او التطليق مثل قوله انت طالق
او انت الطلاق او طلقتك او انت مطلقة مشددا سمي هذا النوع صريحا لان الصريح
في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع من قولهم صرح فلان بالامر
اي كشفه واوضحه وسمي البناء المشرف صرحا لظهوره على سائر الابنية وهذه الالفاظ
ظاهرة المراد لانها لا تستعمل الا في الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها الى النية لوقوع
الطلاق اذ النية عملها في تعيين المبهم ولا ابهام فيها قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن

شرح

في باب الطلاق بعوض وبغير عوض
الذي من جانب الزوج وهو صحيح
في الطلاق واما الخلو عن شرط
الخيار للمراة في الطلاق بعوض
فشرط لان الذي من جانبها المال
وكان من جانبها معاوضة المال
وانها تحتمل الفسخ فصح شرط
الخيار فيها فيمتنع انعقاد السبب
كالبيع حتى انها لو ردت بحكم
الخيار بطل العقد ولا يقع الطلاق
وكذا صحة الزوج ليست بشرط
وكذا اسلامه فيقع طلاق المريض
والكافر لان المرض والكفر لا ينافيان
اهلية الطلاق صح

فاسدا

شرع الطلاق من غير شرط النية وقال الطلاق مرتان مطلقا وقال فان طلقها فلا تحل له
من بعد حتى تنكح زوجا غيره حكم بزوال الحل مطلقا عن شرط النية وروينا ان عبد الله
بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امراته في حالة الحيض امره رسول الله ان يراجعها ولم
يسأله هل نوى الطلاق او لم ينو ولو كانت النية شرطا لسأله ولما امره بالرجعة الا بعد
وقوع الطلاق فدل على وقوع الطلاق من غير نية ولو قال انت طالق ثم قال اردت
انها طالق من وثاق لم يصدق في القضاء لما ذكرنا ان ظاهر هذا الكلام للطلاق عن
قيد النكاح فلا يصدقه القاضي في صرف الكلام عن ظاهره وكذا لا يسع المراة ان تصدقه
لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه في الجملة
والله تعالى مطلع على نيته ولو قال انت طالق وقال اردت انها طالق من العمل لم يصدق
في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل
فقد نوى ما لا يحتمله لفظه اصلا فلا يصدق راسا وروى الحسن عن ابي حنيفة فيمن قال
انت طالق وقال نويت الطلاق من عمل او قيد يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانها مطلقة
من هذين الامرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه فجاز ان يصدق فيه ولو
صرح فقال انت طالق من وثاق لم يقع في القضاء لان المراة قد توصف بانها طالق من
وثاق وان لم يكن مستعملا فاذا صرح به يحمل عليه وان صرح فقال انت طالق من هذا
العمل وقع الطلاق في القضاء لان هذه اللفظة لا تستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة
ولا مجازا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله في الجملة وان كان خلاف الظاهر
وعلى قياس رواية الحسن ينبغي ان لا يقع في القضاء ايضا وان قال انت اطلق من امراة
فلان وهي مطلقة فذلك على نيته الا ان يكون جوابا لمسئلة الطلاق لان لفظة افعل للمبالغة
صريحا في الكلام الا ترى ان من قال لاخر انت ازنى من فلان لم يكن قذفا صريحا
حتى لا يجب الحد ومعلوم ان صريح القذف يوجب الحد واذا لم يكن صريحا وقف على
النية الا اذا خرج جوابا لسؤال الطلاق فينصرف اليه بقرينة السؤال وكذلك اذا
قال لها انت مطلقة مخففة فهو على نيته لما ذكرنا ان الاطلاق لا يستعمل في قيد النكاح
وانما يستعمل في القيد الحقيقي والحبس فلم يكن صريحا فوقف على النية وروى ابن سماعة
عن محمد فيمن قال لامراته كوني طالقا او اطلقي قال اراه واقعا لان قوله كوني ليس امرا
حقيقة وان كان صيغته صيغة الامر بل هو عبارة عن اثبات كونها طالقا كما في قوله
تعالى كن فيكون ان قوله كن ليس بامر حقيقة وان كانت صيغته صيغة الامر بل هو كناية
عن التكوين ولا تكون طالقا الا بالطلاق وكذا قوله اطلقي وكذلك اذا قال لامته
كوني حرة او اعتقي ولو قال يا مطلقة وقع عليها الطلاق لانه وصفها بكونها مطلقة
ولا تكون مطلقة الا بالتطليق فان قال اردت به الشتم لا يصدق في القضاء لانه
خلاف الظاهر لانه نوى فيما هو وصف ان لا يكون وصفا فكان عدولا عن الظاهر الا انه يصدق

القاضي ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه قد يراد بمثله الشتم ولو كان لها زوج قبله
فقال عنيت ذلك الطلاق دين في القضا لانه نوى ما يحتمله لفظه لانه وصفها بكونها
مطلقة في نفسها من غير الاضافة الى نفسه وقد تكون مطلقته وقد تكون مطلقة زوجها
الاول فالنية صادفت محلها فتصدق في القضا فاذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل ان تكون
مطلقة غيره فانصرف الوصف بكونها مطلقة الى كونها مطلقة له ولو قال لها انت
طالق طالق او قال انت طالق انت طالق او قال قد طلقتك او قال انت طالق قد ٢ قد طلقتك م
طلقتك يقع ثنتان اذا كانت المراة مدخولا بها لانه ذكر جملتين كل واحدة منهما ايقاع
تام لكونه مبتدا او خبرا والمحل قابل للوقوع ولو قال عنيت بالثاني الاخبار عن الاول
لم يصدق في القضا لان هذه الالفاظ في عرف اللغة والشرع تستعمل في انشا الطلاق
فصرفها الى الاخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق في الحكم المر ويصدق فيما
بينه وبين الله تعالى لان صيغتها صيغة الاخبار ولو قال لامراته انت طالق فقال
له رجل ما قلت فقال طلقتها او قال قلت هي طالق فهي واحدة في القضا لان كلامه
انصرف الى الاخبار بقرينة الاستخبار والله اعلم واما الطلاق بالفارسية فقد
روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال في فارسي انه قال لامراته بهشتم ازتي او قال
ازتي بهشتم لا يكون ذلك طلاقا الا ان ينوي به الطلاق لان معنى هذا اللفظ بالعربية ٢ او قال بهشتم صح
خليت وقوله خليت من كنايات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ الا ان ابا حنيفة
رحمه الله فرق بين اللفظين من وجهين احدهما انه قال اذا نوى الطلاق بقوله خليت
يقع بائنا واذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعيا لان هذا اللفظ يحتمل ان يكون صريحا
في لغتهم ويحتمل ان يكون كناية فلا تثبت البينونة بالشك والثاني قال ان قوله خليت في
حال الغضب وفي حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقا حتى لا يدين في قوله انه ما اراد به
الطلاق وهذا اللفظ في هاتين الحالتين لا يكون طلاقا حتى لو قال ما اردت به الطلاق
يدين في القضا لان هذا اللفظ ان لم يقم مقام التخلية فكان اضعف من التخلية فلا يعمل فيه
دلالة الحال ولم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال ان نوى بائنا يكون بائنا وان
نوى ثلاثا يكون ثلاثا كما لو قال خليت ونوى البائن او الثلاث ولو نوى ثنتين كانت
واحدة كما في قوله خليت الا ان هاهنا يكون واحدة يملك الرجعة بخلاف لفظ التخلية
لما بينا وقال ابو يوسف رحمه الله اذا قال بهشتم ازتي او قال ازتي بهشتم فهي طالق
نوى الطلاق او لم ينو فتكون تطليقة رجعية لان ابا يوسف خالط العجم ودخل جرجان
فعرف ان هذا اللفظ في لغتهم صريح قال وان قال بهشتم ولم يقل ازتي فان قال ذلك
في حال سؤال الطلاق او في حال الغضب فهي واحدة يملك الرجعة ولا يدين انه ما اراد
به الطلاق في القضا وان قال في غير حال الغضب ومذاكرة الطلاق يدين في القضا لان
معنى قوله بهشتم خليت وليس في قوله خليت اضافة الى النكاح ولا الى الزوجة فلا يحمل على

الطلاق

الطلاق الا بقرينة نية او بدلالة حال وحال الغضب ومذاكرة الطلاق دليل ارادة
الطلاق ظاهرا فلا يصدق في الصرف عن الظاهر وان نوى بائنا فبائن وان نوى ثلاثا ٢ ثلاثا
فثلاث لان هذا اللفظ وان كان صريحا في الفارسية فمعناه التخلية في العربية فكان
محتملا للبينونة والثلاث كلفظ التخلية فجاز ان يحمل عليه بالنية وقال محمد رحمه الله في قوله
بهشتم ازتي او ازتي بهشتم ان هذا صريح الطلاق كما قال ابو يوسف وقال في قوله
بهشتم انه ان كان في حال مذاكرة الطلاق فكذلك ولا يدين انه ما اراد به الطلاق
وان لم يكن في حال مذاكرة الطلاق يدين سوا كان في حال الغضب او الرضى لان معنى
هذا اللفظ بالعربية انت مخلاة او قد خليتك وذكر زفر رحمه الله اذا قال
بهشتم ونوى الطلاق بائنا او غير بائن فهو بائن وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى
اثنتين فثنتان واجرى هذه اللفظة مجرى قوله خليت ولو قال خليتك ونوى الطلاق
فهي واحدة بائنة نوى البينونة او لم ينو وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا وان نوى
اثنتين يكون اثنتين على اصله فكذا هذا ما نقل عن اصحابنا رحمهم الله بالفارسية ٢ هذا م ط في الطلاق صح
والاصل الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية انه ان كان فيها
لفظ لا يستعمل الا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية اذا
اضيف الى المراة مثل ان يقال في عرف ديارنا دها كرده او في عرف خراسان والعراق
بهشتم لان الصريح لا يختلف باختلاف اللغات وما كان في الفارسية من الالفاظ ما
يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية ٢ حكمه م
في جميع الاحكام والله اعلم ولو قال لامراته انت طالق ونوى به الابانة فقد لغت
نيته لانه نوى تغيير الشرع لان الشرع اثبت البينونة بهذا اللفظ موجلا الى ما
بعد انقضا العدة فاذا نوى اثباتها للحال معجلا فقد نوى تغيير الشرع وليس له
هذه الولاية فبطلت نيته وان نوى ثلاثا بطلت نيته اتفاقا في ظاهر الرواية
وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه تصح نيته وبه اخذ الشافعي رحمه الله وجه
هذه الرواية ان قوله طالق مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه فيدل على ثبوت ما خذ
الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الالفاظ المشتقة من المعاني الا ترى انه لا يتصور الضارب
بلا ضرب والقاتل بلا قتل فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق ثابتا فصحت نية
الثلاث فيه كما لو نص على الطلاق فقال انت طالق طلاقا وكما لو قال لها انت بائن ونوى
الثلاث انه يصح نية الثلاث لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الرواية قوله تعالى واذا
طلقتم النسا فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف اثبت الرجعة حال
قيام العدة للمطلق مطلقا من غير فصل بينما اذا نوى الثلاث او لم ينو فوجب القول بثبوت
حق الرجعة عند مطلق التطليق الا ما قيد بدليل ولانه نوى ما لا يحتمله لفظه فلا تصح
نيته كما اذا قال لها اسقيني ونوى به الطلاق ودلالة الوصف انه نوى الثلاث بقوله

طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين احدهما ان طالق اسم للذات وذاتها واحد والواحد لا
يحتمل العدد الا ان الطلاق ثبت مقتضى الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا
لان الطالق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب بدون الضرب وهذا المقتضى غير
متنوع في نفسه فكان عدما فيما وراء صحة التسمية على الاصل المعهود في الثابت ضرورة
انه يتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا تثبت فيه بخلاف ما اذا
قال لها انت طالق طلاقا لان الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتا من جميع الوجوه
فيثبت في حق قبول النية وبخلاف قوله انت بائن لان البائن مقتضاه البينونة
وانها متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع
محل الاشتقاق وهو البينونة كاسم الجالس يقال جلس اي قعد ويقال جلس اي اتى نجدا
فكان الجالس من الاسماء المشتركة لتنوع محل الاشتقاق وهو الجلوس فكذا البائن
والاسم المشترك لا يتعين المراد منه الا بمعين فاذا نوى الثلاث فقد عين احد نوعي
البينونة فصحت نيته واذا لم يكن له نية لا يقع شيء لانعدام المعين بخلاف قوله طالق
لانه ماخوذ من الطلاق والطلاق في نفسه لا يتنوع لانه رفع القيد والقيد نوع
واحد والثاني ان سلمنا ان الطلاق صار مذكورا على الطلاق لكنه في اللغة والشرع
عبارة عن رفع قيد النكاح والقيد في نكاح واحد واحد فيكون الطلاق واحدا
ضرورة فاذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته وكان ينبغي
ان لا يقع الثلاث اصلا الا ان وقوعه ثبت شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد
الشرع ولو قال انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية فهي واحدة وان نوى ثلاثا بلغ
كان ثلاثا كذا ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير وروى عن ابي حنيفة انه لا يكون
الا واحدة **وجه** هذه الرواية انه ذكر المصدر للتاكيد لما ذكرنا ان قوله
طالق يقتضي الطلاق فكان قوله طلاقا نصا على المصدر الذي اقتضاه الطالق
فكان تاكيدا كما يقال قمت قياما واكلت اكلا فلا يفيد الا ما افاده المؤكد وهو قوله
طالق فلا يقع الا واحدة كما لو قال انت طالق ونوى به الثلاث **وجه** ظاهر
الرواية ان قوله طلاقا مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق لان المصدر يقع على الواحد
ويحتمل الكل قال الله تعالى لا تدعوا اليوم ثبورا واحدا وادعوا ثبورا كثيرا وصف
الثبور الذي هو مصدر بالكثرة والثلاث في عقد واحد كل جنس الطلاق فاذا نوى
الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته واذا لم يكن له نية يحمل على الواحد لانه
متيقن به وبهذا خرج الجواب عما سبق لان الكلام انما يحمل على التاكيد اذا لم يمكن حمله
على فائدة جديدة وههنا امكن على ما بينا ولو نوى اثنتين لا على التقسيم في قوله
طالق طلاقا فلا تصح نيته لان لفظ المصدر لفظ وحدان فلا بد من تحقيق معنى التوحد
فيه مثل الشيء قد يكون واحدا من حيث الذات وهو ان يكون ذاته واحدا من النوع

كزيد

كزيد من الانسان وقد يكون واحدا من حيث النوع كالانسان من الحيوان ولا توحد في
الاثنين لا من حيث الذات ولا من حيث النوع فكان عددا محضا فلا يحتمله لفظة الوحدان
بخلاف الثلاث فانه واحد من الجنس لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا الملك حيث صح
وكل جنس من الافعال يكون جنسا واحدا الا ترى انك متى عددت الاجناس تعده
واحدا من الاجناس كالضرب يكون جنسا واحدا من سائر اجناس الفعل وكذا الاكل
والشرب ونحو ذلك ولو نوى ثنتين على التقسيم تصح نيته لما نذكر ولو قال انت الطلاق
ونوى الثلاث صحت نيته لما نذكر ~~ولو قال انت الطلاق ونوى الثلاث صحت نيته~~ لان
الفعل قد يكون بمعنى المفعول يقال هذا الدرهم ضرب الامير اي مضروبه وهذا
علم ابي حنيفة اي معلومه فلو حملناه على المصدر لالغا كلامه ولو حملناه على معنى المفعول
لصح فكان الحمل عليه اولى وصحت نية الثلاث لان النية تتبع المذكور والمذكور بلام الجنس
ولو قال لها انت طلاق بدون الالف واللام ذكر الطحاوي انه لا يكون الا واحدة
وان نوى الثلاث وفرق بينه وبين قوله انت الطلاق وذكر الجصاص ان هذا الفرق
لا يعرف له وجه الا على الرواية التي روي عن ابي حنيفة رحمه الله في قوله انت طالق
طلاقا انه لا يكون الا واحدة وان نوى الثلاث فاما على الرواية المشهورة في التسوية
بين قوله انت طالق الطلاق وبين قوله انت طالق طلاقا فلا يتبين وجه الفرق
بين قوله انت طلاق وبين قوله انت الطلاق وحكي ان الكسائي سال محمد بن الحسن
رحمه الله عن قول الشاعر

فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن … وان تخرقي يا هند فالخرق اشام
فانت طلاق والطلاق عزيمة … ثلاث ومن يخرق اعق واظلم

فقال محمد رحمه الله ان قال والطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحدة بقوله انت طلاق
وصار قوله والطلاق عزيمة ثلاث ابتدا وخبرا غير متعلق بالاول وان قال والطلاق
عزيمة ثلاثا طلقت ثلاثا كانه قال فانت طلاق ثلاثا والطلاق عزيمة لان ثلاثا
هي في الحال تفسير الموقع فاستحسن الكسائي جوابه وكذا لو قال انت طالق الطلاق ونوى
الثلاث لانه ذكر المصدر وعرفه بلام التعريف فيستغرق كل الجنس المشروع من الطلاق
في هذا الملك وهو الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته
الا ان عند الاطلاق لا ينصرف اليه لقرينة تمنع من الصرف اليه على ما نذكر ولو نوى
ثنتين لا تصح نيته لما ذكرنا ان الطلاق مصدر والمصدر صيغته صيغة وحدان فكان لا على التقسيم صح
تحقيق معنى التوحد فيه لازما والاثنان عدد محض لا توحد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ
الموضوع للتوحد وانما احتمل الثلاث من حيث التوحد لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق
في هذا الملك وكل الجنس جنس واحد بالاضافة الى غيره من الاجناس فامكن تحقيق معنى
التوحد فيه وان لم يكن له نية لا يقع الا واحدة لانه وان عرف المصدر بلام التعريف

الموضوعة لاستغراق الجنس لكنه انصرف الى الواحد بدلالة الحال لان ايقاع الثلاث
جملة محظور والظاهر من حال المسلم انه لا يرتكب المحظور فانصرف الى الواحد بقرينة الحال
وصار هذا كما اذا حلف لا يشرب الماء او لا يتزوج النسا او لا يكلم بني ادم انه ان نوى كل جنس
من هذه الاجناس صحت نيته وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد من كل جنس لدلالة
الحال كذا هذا او لو قال اردت بقولي انت طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى او طلاقا
اخرى صدق لانه ذكر كل واحد منهما يصلح ايقاعا اما الا ترى انه اذا قال انت طالق لفظين صح
يقع الطلاق ولو قال لها انت الطلاق او طلاق يقع ايضا فاذا اراد به ذلك فصار كانه
قال لها انت طالق وطالق ولو قال لامراته طلقي نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته
حتى لو قالت طلقت نفسي ثلاثا كان ثلاثا لان المصدر يصير مذكورا في الامر لان معناه
حصلي طلاقا والمصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله
لفظه وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متيقنا وان نوى ثنتين لا يصح لانه
عدد محض فكان معنى التوحد فيه معدوما اصلا وراسا فلا يحتمله صيغة الوحدان
ولو طلق امراته تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها قبل انقضا العدة قد جعلت تلك
التطليقة التي اوقعتها عليك ثلاثا او قال قد جعلتها باينا اختلف اصحابنا الثلاثة
فيه قال ابو حنيفة رحمه الله يكون ثلاثا ويكون باينا وقال محمد لا يكون ثلاثا
ولا باينا وقال ابو يوسف يكون باينا ولا يكون ثلاثا **وجه** قول محمد ان الطلاق
بعد وقوعه شرعا بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة لان تغييره يكون تغيير الشرع
والعبد لا يملك ذلك الا ترى لو قال طلقتها ثلاثا فجعلها واحدة لا تصير واحدة
وكذا اذا طلقها تطليقة باينة فجعلها رجعية لا تصير رجعية لما قلنا كذا هذا
وجه قول ابي يوسف ان التطليقة الرجعية تحتمل ان يلحقها البينونة في الجملة
الا ترى لو تركها حتى انقضت عدتها تصير باينة فجاز تحمل البينونة فيها ايضا فاما
الواحدة فلا تحتمل ان تصير ثلاثا ابدا فلغا قوله جعلتها ثلاثا ولابي حنيفة انه
يملك ايقاع هذه الطلقة باينة في الابتدا فيملك الحاقها بالباينة لانه يملك انشا
الابانة في هذه الحالة كما كان يملكها في الابتدا ومعنى جعل الواحدة ثلاثا انه
الحق بها تطليقتين اخريين لانه جعل الواحدة ثلاثا والله اعلم **فصل** واما الكناية
فنوعان نوع هو كناية بنفسه وضعا ونوع هو ملحق به شرعا في حق النية اما النوع
الاول فهو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل في غيره نحو قوله انت باين انت علي حرام خلية
برية بتة امرك بيدك اختاري اعتدي استبري رحمك انت واحدة خليت سبيلك
سرحتك حبلك على غاربك فارقتك خالعتك ولم يذكر العوض لا سبيل لي عليك
لا ملك لي عليك انت حرة قومي اخرجي اذهبي اعزبي انطلقي انتقلي تقنعي استتري لا نكاح لي عليك ح
تزوجي ابتغي الازواج الحقي باهلك ونحو ذلك سمي هذا النوع من الالفاظ كناية

لان

لان الكناية في اللغة اسم للفظ استتر المراد منه عند السامع وهذه الالفاظ مستتر
المراد منها للسامع فان قوله باين يحتمل البينونة عن النكاح ويحتمل البينونة عن الخير
او عن الشر وقوله حرام يحتمل حرمة الاستمتاع ويحتمل حرمة البيع والقتل والاكل
ونحو ذلك وقوله خلية ماخوذ من الخلو فيحتمل الخلو عن النكاح ويحتمل الخلو عن الخير
او الشر وقوله برية من البراة فيحتمل البراة من النكاح ويحتمل البراة عن الخير او الشر
وقوله بتة من البت وهو القطع فيحتمل القطع عن النكاح ويحتمل القطع عن الخير
او عن الشر وقوله امرك بيدك يحتمل في الطلاق ويحتمل في امر اخر من الخروج
والانتقال وغير ذلك وقوله اختاري يحتمل اختيار الطلاق ويحتمل اختيار البقا
على النكاح وقوله اعتدي امر بالاعتداد وانه يحتمل الاعتداد الذي هو من العدة
ويحتمل الاعتداد الذي هو من العد اي اعتدي نعمتي التي عليك وقوله استبري
رحمك امر بتعرف براة الرحم وهي طهارتها عن الماء وانه كناية عن الاعتداد الذي
هو من العدة ويحتمل استبري رحمك لاطلقك وقوله انت واحدة يحتمل ان يكون
الواحدة صفة الطلقة اي طالق واحدة اي طلقة واحدة ويحتمل الوحدة في الشرف
سبيل ح اي انت واحدة في الشرف وقوله خليت سبيلك يحتمل النكاح ويحتمل سبيل الخروج
من البيت لزيارة الابوين وامراخ وقوله سرحتك بمعنى خليتك يقال سرحت
ابلي وخليتها بمعنى واحد وقوله حبلك على غاربك استعارة عن التخلية لان الجمل
اذا التي حبله على غاربه فقد خلي سبيله يذهب حيث شا وقوله فارقتك
يحتمل المفارقة عن النكاح ويحتمل المفارقة عن المكان والمضجع وعن الصداقة
وقوله خالعتك ولم يذكر العوض يحتمل الخلع عن نفسه بالطلاق ويحتمل الخلع عن نفسه
بالهجر عن الفراش ونحو ذلك وقوله لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل
البيع والقتل ونحو ذلك وكذا قوله لا ملك لي عليك يحتمل ملك النكاح ويحتمل ملك البيع
ونحو ذلك وقوله لا نكاح لي عليك لاني قد طلقتك ويحتمل لا نكاح لي عليك اي لا
اتزوجك ان طلقتك ويحتمل لا نكاح لي عليك اي لا اطاك لان النكاح يذكر بمعنى
ملك ح الوطي وقوله انت حرة يحتمل الخلوص عن النكاح ويحتمل الخلوص عن ملك اليمين
ونحو ذلك وقوله قومي واخرجي واذهبي يحتمل اي افعلي ذلك لانك قد طلقتك
والمراة اذا طلقت من زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها وتذهب حيث تشا ويحتمل
التبعيد عن نفسه مع بقا النكاح وقوله اعزبي عبارة عن البعد اي تباعدي فيحتمل
البعد عن النكاح ويحتمل البعد من الفراش وغير ذلك وقوله انطلقي وانتقلي يحتمل الطلاق
لانها تنطلق وتنتقل من بيت زوجها اذا طلقت ويحتمل الانطلاق والانتقال الى بيت
ابويها للزيارة ونحو ذلك وقوله تقنعي واستتري امر بالتقنع والاستتار فيحتمل
الطلاق لانها اذا طلقت يلزمها ستر راسها بالقناع وستر اعضائها بالثوب عن

زوجها ويحتمل تقنعي واستتري اي كوني متقنعة مستورة لئلا يقع بصر اجنبي عليك
وقوله تزوجي يحتمل الطلاق اذ لا يحل لها التزوج بزوج اخر الا بعد الطلاق
ويحتمل تزوجي ان طلقتك وكذا قوله ابتغي الازواج وقوله الحقي باهلك يحتمل
الطلاق لان المراة تلحق باهلها اذا صارت مطلقة ويحتمل الطرد والابعاد عن نفسه
مع بقا النكاح واذا احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغير الطلاق فقد استتر المراد
منها عند السامع فافتقرت الي النية لتعيين المراد ولا خلاف في هذه الجملة الا في ثلثة
الفاظ وهي قوله سرحتك وفارقتك وانت واحدة قال اصحابنا رحمهم الله تعالى
قوله سرحتك وفارقتك من الكنايات لا يقع الطلاق بهما الا بقرينة النية كساير
الكنايات وقال الشافعي رضي الله عنه ورحمه هما صريحان لا يفتقران الي النية كساير
الالفاظ الصريحة وقوله انت واحدة من الكنايات عندنا وعنده هو ليس من
الفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وان نوى اما المسئلة الاولي فاحتج الشافعي
بقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان والتسريح هو التطليق وقوله
تعالى ~~فامساك بمعروف~~ فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف والمفارقة هي
التطليق وقد سمى الله تعالى الطلاق بثلثة اسما الطلاق والسراح والفراق
ولو قال لها طلقتك كان صريحا فكذا اذا قال سرحتك او فارقتك ولنا ان صريح
الطلاق هو اللفظ الذي لا يستعمل الا في الطلاق عن قيد النكاح لما ذكرنا ان الصريح في اللغة
اسم لما هو ظاهر المراد عند السامع وما كان مستعملا فيه وفي غيره لا يكون ظاهر المراد
بل يكون مستتر المراد ولفظ السراح والفراق يستعمل في غير قيد النكاح يقال سرحت
ابلي وفارقت صديقي فكان كناية لا صريحا فيفتقر الي النية ولا حجة له في الايتين لانا
نقول بموجبهما ان السراح والفراق طلاق لكن بطريق الكناية لا صريحا لانعدام
معنى الصريح علي ما بينا واما المسئلة الثانية فوجه قوله ان قوله انت واحدة
صفة المراة فلا يحتمل الطلاق كقوله انت قايمة وقاعدة ونحو ذلك ولنا
انه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتا لمصدر محذوف اي طلقة واحدة
وهذا شايع في اللغة يقال اعطيته جزيلا وضربته وجيعا اي عطا جزيلا وضربا
وجيعا ولهذا يقع الرجعي عندنا دون البائن واختلف مشايخنا في محل الخلاف
قال بعضهم الخلاف فيما اذا قال واحدة بالوقف ولم يعرب فاما اذا اعرب فلا *الواحدة م*
خلاف فيها لانه ان رفعها لا يقع الطلاق بالاجماع لانها حينئذ تكون صفة الشخص
وان نصبها يقع الطلاق بالاجماع لانها تكون نعتا لمصدر محذوف علي ما بينا فكان
موضع الخلاف ما اذا وقفها ولم يعربها ويحتمل ان يقال ان موضع الرفع محل الخلاف
ايضا لان معنى قوله انت واحدة اي منفردة عن النكاح وقال اكثر المشايخ ان
الخلاف في الكل ثابت لان العوام لا يهتدون الي هذا ولا يميزون بين عراب واعراب

والله اعلم

والله اعلم ولا خلاف في انه لا يقع الطلاق بشي من الفاظ الكناية الا بالنية فان
كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى فان ذكر شيا من ذلك ثم قال ما
اردت به الطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الله تعالى يعلم سره ونجواه وهل *وان كان لم ينو لم يقع فيما بينه وبين الله تعالى م*
يدين في القضا فالحال لا يخلو اما ان كانت حال مذاكرة الطلاق وسواله واما *اما ان كانت حال الرضى وابتدا الزوج بالطلاق م*
ان كانت حال الغضب والخصومة فان كانت حال الرضا وابتدا الزوج بالطلاق
يدين في القضا في جميع الالفاظ لما ذكرنا ان كل واحد من الالفاظ يحتمل الطلاق
ويحتمل غيره والحال لا يدل علي احدهما فيسال عن نيته ويصدق في ذلك قضا وان
كان في حال مذاكرة الطلاق وسواله او حال الغضب والخصومة فقد قالوا
ان الكنايات اقسام ثلثة في قسم منها لا يدين في الحالين جميعا انه ما اراد به
الطلاق لا في حال مذاكرة الطلاق وسواله ولا في حال الغضب والخصومة ولا *وفي قسم منها يدين في حال الغضب والخصومة م*
يدين في حال ذكر الطلاق وسواله وفي قسم منها يدين في الحالين جميعا والله اعلم

اما القسم الاول فخمسة الفاظ امرك بيدك اختاري اعتدي
استبري رحمك انت واحدة لان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره والحال
يدل علي ارادة الطلاق لان حال الغضب والخصومة ان كانت تصلح للشتم والتبعيد
كما يصلح للطلاق فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتبعيد والطلاق لكن هذه الالفاظ
لا تصلح للشتم ولا للتبعيد فزال احتمال ارادة الشتم والتبعيد فتعين الحالة دلالة
علي ارادة الطلاق فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال فيثبت ارادة الطلاق
في كلامه ظاهرا فلا يصدق في الصرف عن الظاهر كما في صريح الطلاق اذا قال لامراته
انت طالق ثم قال اردت به الطلاق عن الوثاق لا يصدق في القضا لما قلنا كذا هذا

واما القسم الثاني فخمسة الفاظ ايضا خلية برية بتة باين حرام لان هذه
الالفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم فان الرجل يقول لامراته عند ارادة الشتم
انت خلية من الخير برية من الاسلام باين من الدين بتة من المروة حرام اي
مستخبث او حرام الاجتماع والعشرة معك وحال الغضب والخصومة تصلح للشتم
وتصلح للطلاق فبقي اللفظ في نفسه محتملا للطلاق وغيره فاذا عنى به غيره فقد نوى
ما يحتمله كلامه والظاهر لا يكذبه فيصدق في القضا ولا يصدق في حال ذكر الطلاق
لان الحال لا يصلح الا للطلاق لان هذه الالفاظ لا تصلح للتبعيد والحال لا يصلح للشتم
فيدل علي ارادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت جنبة الطلاق بدلالة
الحال وروى عن ابي يوسف انه زاد علي هذه الالفاظ الخمسة خمسة اخرى لا سبيل
لي عليك فارقتك خليت سبيلك لا ملك لي عليك بنت مني لان هذه الالفاظ تحتمل
الشتم كما تحتمل الطلاق فيقول الزوج لا سبيل لي عليك لشرك وفارقتك في المكان
لكراهة اجتماعي معك وخليت سبيلك وما انت علية ولا ملك لي عليك اقل ملك *لانك م*

ق
امتلكك وبنت مني لانك باين من الدين او الحنث وحال الغضب يصلح لها وحال ذكر الطلا
لايصلح الا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت بالخمسة المتقدمة **واما القسم الثالث**
فيقبله الالفاظ التي ذكرناها لان تلك الالفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبعيد والطلاق
لان الانسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق وكذا حال سؤال
الطلاق فالحال لا يدل على ارادة احدهما فاذا قال ما اردت به الطلاق فقد نوى
ما يحتمله لفظه والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضا وكذلك لو قال وهبتك لاهلك
قبلوها او لم يقبلوها لانها هنا تحتمل الطلاق لان المراة بعد الطلاق ترد الى اهلها
وتحتمل التبعيد عن نفسه والنقل الى اهلها مع بقا النكاح والحال لا يدل على ارادة
احدهما فبقي محتملا وسوا قبلها اهلها او لم يقبلوها لان كون التصرف هبة في الشرع
لا يتوقف على قبول الموهوب له وانما الحاجة في القبول لثبوت الحكم فكان القبول شرط
الحكم وهو الملك واهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة الى القبول وكذا اذا قال وهبتك
لابيك او لامك او للازواج لان العادة ان المراة بعد الطلاق ترد على ابيها وامها
وتسلم اليهما ويملكها الازواج بعد الطلاق فان قال وهبتك لاخيك او لاختك او
لخالتك او لعمتك او لفلان الاجنبي لم يكن طلاقا لان المراة بعد الطلاق لا ترد
عليها ولا اعادة ولو قال لامراته لست لي بامراة او قال لها ما انا بزوجك او
سئل فقيل له هل لك امراة فقال لا فان قال اردت به الكذب يصدق في الرضى
والغضب جميعا ولا يقع الطلاق وان قال اردت به الطلاق يقع الطلاق في قول
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد ~~الطلاق~~ لا يقع الطلاق وان نوى ولو قال
لم ازوجك ونوى الطلاق لم يقع الطلاق بالاجماع وكذا اذا قال والله ما انت لي
بامراة او قال على حجة ما انت لي بامراة انه لا يقع الطلاق وان نوى بالاتفاق
وجه قولهما ان قوله لست لي بامراة او ما انا بزوجك كذب لانه اخبار عن
انتفا الزوجية مع قيامها فيكون كذبا فلا يقع به الطلاق كما اذا قال لم ازوجك
او قال والله ما انت لي بامراة ولابي حنيفة ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق فانه يقول
لست لي بامراة لاني قد طلقتك فكان محتملا للطلاق وكل لفظ يحتمل الطلاق اذا نوى به
الطلاق كان طلاقا كقوله انت باين ونحو ذلك بخلاف قوله لم ازوجك لانه لا يحتمل
الطلاق لانه نفي فعل التزوج اصلا وراسا وانه لا يحتمل الطلاق فلا يقع به الطلاق
وبخلاف قوله والله ما انت لي بامراة لان اليمين يتناول الماضي وهو كاذب في ذلك
فلا يقع به شي ولو قال لا حاجة لي فيك لا يقع الطلاق وان نوى لان عدم الحاجة
لا يدل على عدم الزوجية فان الانسان قد يتزوج بمن لا حاجة له الى تزوجها فلم يكن
ذلك دليلا على انتفا النكاح فلم يكن محتملا للطلاق وقال محمد رحمه الله فيمن قال
لامراته افلحي تريد به الطلاق انه يقع الطلاق لان قوله افلحي بمعنى قوله اذهبي

او لا امرأة لي صح

على النفي صح

فان

قا
فان العرب تقول للرجل افلح بخير اي اذهب بخير ولو قال لها اذهبي ونوى الطلاق كان طلا
كذا هذا ويحتمل قوله افلحي اي اظفري بمرادك يقال افلح الرجل اذا ظفر بمراده وقد
يكون مراده الطلاق فكان هذا اللفظ محتملا للطلاق فاذا نوى به الطلاق صحت نيته
ولو قال وهبت لك طلاقك وقال اردت به ان يكون الطلاق في يدك لا يصدق في
القضا ويقع الطلاق لان الملك وهبة الطلاق منها تقتضي زوال ملكه عن الطلاق وذلك
بوقوع الطلاق وجعل الطلاق في يدها تمليك الطلاق منها فلا يحتمله اللفظ الموضوع
للازالة وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى انه لا يقع به شي لان الهبة تمليك وتمليك
الطلاق اياها هو ان يجعل لها ايقاعه ويحتمل قوله وهبت لك طلاقك اي اعرضت عن
ايقاعه فلا يقع به شي ولو ارادت ان يطلقها فقالت له هب لي طلاقي تريد اعرض عنه
فقال قد وهبت لك طلاقك يصدق في القضا لان الظاهر انه اراد به ترك الايقاع
لان السؤال وقع عنه فينصرف الجواب اليه ولو قال تركت طلاقك او خليت سبيل
طلاقك وهو يريد الطلاق وقع لان ترك الطلاق وتخلية سبيله قد يكون بالاعراض
عنه وقد يكون باخراجه عن ملكه وذلك بايقاعه فكان اللفظ محتملا للطلاق وعند
فتصح نيته ولو قال اعرضت عن طلاقك ونوى الطلاق لم تطلق لان الاعراض عن
الطلاق يقتضي ترك التصرف فيه والصفح هو الاعراض فلا يحتمل الطلاق فلا تصح نيته
وكذا كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق وان نوى مثل قوله بارك الله عليك
او قال لها اطعميني واسقيني ونحو ذلك ولو جمع بين ما يصلح للطلاق وبين ما لا يصلح له
بان قال اذهبي وكلي او قال اذهبي وبيعي الثوب ونوى الطلاق بقوله اذهبي ذكر في
اختلاف زفر ويعقوب ان في قول ابي يوسف لا يكون طلاقا وفي قول زفر يكون طلاقا
وجه قول زفر انه ذكر لفظين احدهما يحتمل الطلاق والاخر لا يحتمله فيلغو ما
لا يحتمله ويصح ما يحتمله ولابي يوسف ان قوله اذهبي مقرونا بقوله كلي او بيعي لا يحتمل
الطلاق لان معناه اذهبي لتاكلي او اذهبي لتبيعي الثوب والذهاب للاكل والبيع
لا يحتمل الطلاق فلا تعمل نيته ولو نوى في شي من الكنايات التي هي بواين ان يكون ثلاثا
مثل قوله انت باين او انت علي حرام ونحو ذلك يكون ثلاثا الا في قوله اختاري لان البينونة
نوعان خفيفة وغليظة فالخفيفة هي التي تحل له المراة بعد بينونتها بنكاح جديد
بدون التزوج بزوج اخر والغليظة ما لا تحل له الا بنكاح جديد بعد التزوج بزوج اخر
فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه والدليل عليه ما روي ان ركانة بن زيد
او زيد بن ركانة طلق امراته البتة فاستحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اردت
ثلاثا ولو لم يكن اللفظ محتملا للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى وكذا قوله انت علي حرام
يحتمل الحرمة الخفيفة والغليظة فاذا نوى الثلاث فقد نوى احد نوعي الحرمة فتصح
نيته وان نوى ثنتين كانت واحدة في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يقع ما نوى

ولو قال فسخت النكاح بيني وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق لان فسخ النكاح نقضه فكان في معنى الابانة صح

الهبة تقتضي زوال صح

او صفحت عن طلاقك صح

وجه قوله ان البينونة والحرمة انواع ثلاثة خفيفة وغليظة ومتوسطة
بينهما ولو نوى احد النوعين صحت نيته فكذلك اذا نوى الثالث لان اللفظ يحتمل الكل
على وجه واحد **ولنا** ان قوله باين او حرام اسم للذات والذات واحد فلا يحتمل
العدد وانما احتمل الثلاث من حيث التوحد على ما بينا في صريح الطلاق ولا توحد في
الاثنين اصلا بل هو عدد محض ولا يحتمله الاسم الموضوع للواحد مع ان الحاصل بالثنتين
والحاصل بالواحدة سوا لان اثرهما في البينونة والحرمة سوا الا ترى انها في كل ٢ عل
واحدة منهما بنكاح جديد من غير التزوج بزوج اخر فكان الثابت بهما بينونة خفيفة
وحرمة خفيفة كالثابت بالواحدة ولا يكون هنا قسم ثالث في المعنى وعلى هذا قال
اصحابنا انه اذا قال لزوجته الامة انت باين او حرام ينوي اثنتين يقع ما نوى لان
الاثنتين في الامة كل جنس الطلاق في حقها فكان الثنتان في حق الامة كالثلاث في حق
الحرة وقالوا لو طلق زوجته الحرة واحدة ثم قال لها انت باين او حرام ينوي اثنتين
كانت واحدة لان الاثنتين بانفسهما ليسا كل جنس طلاق الحرة بدون الطلقة
المتقدمة الا ترى انها لا تبين بالاثنتين بينونة غليظة بدونها ولو نوى بقوله
اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة ثلاثا لم يصح لان هذه الالفاظ في حكم
الصريح الا ترى ان الواقع بها رجعي فصار كانه قال انت طالق ونوى به الثلاث
ولان قوله انت واحدة لا يفسر بالثلاث ولا يحتمل نية الثلاث وكذا قوله اعتدي
واستبري رحمك لان الواقع بكل واحد منهما رجعي فصار كقوله انت واحدة وكذا ٢ يحيل ان
لو نوى بها اثنتين لا يصح لما قلنا بل اولى لان الاثنتين عدد محض والله تعالى اعلم
فصل واما النوع الثاني فهو ان يكتب على قرطاس او لوح او ارض او حايط
كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة امراته طالق فيسال عن نيته فان قال نويت به
الطلاق وقع وان قال لم انو به الطلاق صدق في القضا لان الكتابة على هذا الوجه
بمنزلة الكناية لان الانسان قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق وقد يكتب
لتجويد الخط فلا يحمل على الطلاق الا بالنية وان كتب كتابة غير مستبينة بان كتب على
الماء او على الهوى فذلك ليس بشي حتى لا يقع به الطلاق وان نوى لان ما لا تتبين
به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقا بالعدم وان كتب كتابة مرسومة على طريق
الخطاب والرسالة مثل ان يكتب اما بعد يا فلانة فانت طالق او اذا وصل كتابي
اليك فانت طالق يقع به الطلاق ولو قال ما اردت به الطلاق اصلا لا يصدق الا
ان يقول نويت طلاقا من وثاق فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان الكتابة المرسومة
جارية مجرى الخطاب الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب مرة
وبالكتاب اخرى وبالرسول ثالثا وكان التبليغ بالكتاب والرسالة كالتبليغ بالخطاب
فدل على ان الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب فصار كانه خاطبها بالطلاق عند الحضرة

وقال

ولو قال لها انت طالق او ارسل اليها رسولا بالطلاق عند الغيبة فاذا قال ما اردت
به الطلاق لم يصدق الا اذا صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ثم ان كتب على المرسوم ٢ الوجه صح
ولم يعلقه بشرط بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق وقع الطلاق عقيب كتابة
لفظ الطلاق بلا فصل لما ذكرنا ان كتابة قوله انت طالق على طريق المخاطبة
بمنزلة التلفظ به وان علقه بشرط الوصول اليها بان كتب اذا وصل كتابي اليك
فانت طالق لا يقع الطلاق حتى يصل اليها لانه علق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع
قبله كما لو علقه بشرط اخر وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وكتب اذا وصل
كتابي اليك فانت طالق ثم محى ذكر الطلاق منه وانفذ الكتاب وقد بقي منه كلام
يسمى كتابا ورسالة وقع الطلاق لوجود الشرط وهو وصول الكتاب اليها
فان محى ما في الكتاب حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة لم يقع الطلاق وان وصل
لان الشرط وصول الكتاب ولم يوجد لان ما بقي منه لا يسمى كتابا فلم يوجد
الشرط فلا يقع الطلاق والله اعلم هذا الذي ذكرنا بيان الالفاظ التي يقع
الطلاق بها في الشرع **فصل** واما بيان صفة الواقع بها فالواقع بكل واحد
من النوعين اللذين ذكرناهما من الصريح والكناية نوعان رجعي وباين اما
الصريح الرجعي فهو ان يكون بحروف الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون
بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصا ولا اشارة ولا موصوف بصفة تنبئ عن البينونة
او تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد او صفة تدل عليها **واما الصريح**
الباين فبخلافه وهو ان يكون بحروف الابانة او بحروف الطلاق لكن قبل الدخول
حقيقة او بعده لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا او اشارة او موصوفا
بصفة تنبئ عن البينونة او تدل عليها من غير حرف العطف او مشبها بعدد او صفة
تدل عليها اذا عرفت هذا فصريح الطلاق قبل الدخول حقيقة يكون باينا لان
الاصل في اللفظ المطلق عن شرط ان يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتاخير فيما
بعد الدخول الى وقت انقضا العدة ثبت شرعا بخلاف الاصل فيقتصر على مورد
الشرع فبقي الحكم فيما قبل الدخول على الاصل ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها بصريح
الطلاق وقال لم اجامعها كان طلاقا باينا حتى لا يملك مراجعتها وان كان للخلوة
حكم الدخول لانها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقا قبل الدخول حقيقة فكان
باينا وكذلك اذا كان مقرونا بالعوض وهو الخلع بدل والطلاق على مال لان الخلع
بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس
وقد ملك الزوج احد العوضين بنفس القبول وهو مالها فتملك هي العوض الاخر
وهو نفسها تحقيقا للمعاوضة المطلقة ولا تملك الا بالباين فكان الواقع باينا وكذلك
اذا كان مقرونا بعدد الثلاث نصا بان قال لها انت طالق ثلاثا لقوله تعالى فان

طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولكن اذا اشار الى العدد الثلاث بان قال
لها انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى وان اشار باصبع واحدة
فهي واحدة تملك الرجعة وان اشار باثنتين فهي اثنتان لان الاشارة متى تعلقت
بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الاعلام والدليل
عليه العرف والشرع ايضا اما العرف فظاهر واما الشرع فقول النبي صلى الله عليه
وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس ابهامه في المرة الثالثة فكان بيانا ان
الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما واذا قامت الاشارة مع تعلق العبارة بها
مقام الكلام صار كانه قال انت طالق ثلاثا والمعتبر في الاصابع عدد المرسل
منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة والدليل عليه ان النبي صلى الله عليه
وسلم لما قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض ابهامه في المرة الثالثة فهم منه
تسعة وعشرون يوما ولو اعتبر المقبوض منه لكان المفهوم منه احدا وعشرين يوما
فدل ان المعتبر في الاشارة بالاصابع المرسل منها لا المقبوض وكذا اذا كان موصوفا
بصفة تنبئ عن البينونة او تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله انت طالق باين او انت
طالق حرام او انت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه
يقع واحدة رجعية **وجه** قوله انه لما قال انت طالق فقد اتى بصريح الطلاق
وانه معقب للرجعة فلما قال باين فقد اراد تغيير المشروع فيرد عليه كما لو قال اعرتك
عارية لا ترد منها وكما لو نوى انت طالق وقال اردت به الابانة **ولنا** انه وصف
المراة بالابانة للطلاق الاول وانه مما يحتمل البينونة الا ترى انه تحصل البينونة
به قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة فكان قوله باين قرينة مبينة لا مغيرة
ثم اذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والاخرى بقوله باين ونحوه لكن
لان قوله باين ونحو ذلك يصلح وصفا للمراة بالطلاق الاول فلا يثبت الا مقتضى
واحد لان ثبوته بطريق الضرورة فيتوحد فيه بالادنى ولهذا اذا قال لها انت طالق
تطليقة قوية او شديدة لان الشدة تنبئ عن القوة والقوي هو الباين وكذا اذا
قال لها انت طالق تطليقة طويلة او عريضة لان الطول والعرض يقتضيان القوة
ولو قال من هاهنا الى موضع كذا فهو رجعي في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر هو باين
وجه قوله انه وصف الطلاق بالطول فصار كما لو قال لها انت طالق تطليقة
طويلة **ولنا** انه وصفه بالطول صورة وبالقصر معنى لان الطلاق اذا وقع في مكان
يقع في الاماكن كلها فكان القصر على بعض الاماكن وصفا له بالقصر والطلقة القصيرة
هي الرجعية ولو قال انت طالق اشد الطلاق فان لم يكن له نية او نوى واحدة
فهي واحدة باينة لان حكم البائن اشد من حكم الرجعي فيقع باينا وان نوى ثلاثا
فثلاث لان الف التفضيل قد تذكر لبيان اصل التفاوت وهو مطلق التفاوت

وذلك

[Margin notes, right page: "وأشار بأصابعه كلها فكان بيانا أن الشهر [illegible] صح" ; "انت طالق صح"]

وذلك في الواحدة البائنة لانها اشد حكما من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت
وذلك في الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وان لم
يكن له نية تنصرف الى الادنى لانه متيقن به **ولو قال** لها انت طالق ملء البيت
فان نوى الثلاث كان ثلاثا وان لم يكن له نية فهي واحدة باينة لان قوله ملء البيت
يحتمل انه اراد به الكثرة والعدد ويحتمل انه اراد به الصفة وهي العظم والقوة
فاي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة
لكونها متيقنا بها ولو قال لها انت طالق افحش الطلاق قال ابو يوسف هو رجعي وقال
محمد هو باين **وجه** قول محمد انه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو
الطلاق المنهي عنه وهو افحش الطلاق يحتمل القبح الشرعي وهو الكراهة الشرعية
ويحتمل القبح الطبعي وهو الكراهة الطبيعية وهو ان يطلقها في وقت يكره الطلاق
فيه طبعا فلا تثبت البينونة بالشك وكذا قوله افحش الطلاق يحتمل القبح بجهة
الابانة ويحتمل القبح بايقاعه في زمان الحيض في طهر جامعها فيه فلا تثبت البينونة
بالشك ولو قال لها انت طالق للبدعة فهي واحدة رجعية لان البدعة قد تكون
في البائن وقد تكون في الطلاق في حالة الحيض فوقع الشك في ثبوت البينونة فلا
تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال لها انت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله
انت طالق للبدعة وروي عن ابي يوسف فيمن قال لامراته انت طالق للبدعة
ونوى واحدة باينة فهي واحدة باينة لان لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته
ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فهذا على وجهين اما ان شبهه بالعدد فيما له عدد
واما ان شبهه بالعدد فيما لا عدد له فان شبهه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال
لها انت طالق كالف او مثل الف فها هنا ثلاثة فصول الاول هذا والثاني ان يقول لها
انت طالق واحدة كالف او مثل الف والثالث ان يقول لها انت طالق كعدد الف
اما الفصل الاول فان نوى ثلاثا فهو ثلاث بالاجماع وان نوى واحدة او لم يكن
له نية فهي واحدة باينة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو ثلاث
ولو قال نويت به واحدة دينت فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء
وجه قوله ان قوله كالف تشبيه بالعدد اذ الالف من اسماء الاعداد وصار
كما لو نص على العدد فقال لها انت طالق كعدد الف ولو قال ذلك كان ثلاثا كذا
هنا ولهما ان التشبيه بالالف يحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه من حيث
الصفة وهو صفة القوة والشدة فان الواحد من الرجال قد يشبه بالف رجل
في الشجاعة وان كان محتملا لهما فلا يثبت العدد الا بالنية فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله
كلامه وعند عدم النية يحمل على الادنى لانه متيقن به ولا يحمل على العدد بالشك **واما**
الفصل الثاني وهو ما اذا قال انت طالق واحدة كالف فهي واحدة باينة في قولهم

[Margin note, left page: "البائن فيقع بائنا ولابي يوسف انه قوله صح"]

جميعا لانه لما نص على الواحدة علم انه انما اراد به التشبيه من حيث العدد فتعين
التشبيه في القوة والشدة وذلك في البائن فيقع بائنا **واما** الفصل الثالث
وهو ما اذا قال لها انت طالق كعدد الالف او كعدد ثلاث او مثل عدد ثلاث فهو ثلاث
في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولو نوى غير ذلك فنيته باطلة لان التنصيص على العدد
ينفي احتمال ارادة الواحد فلا يصدق في انه ما اراد به الثلاث اصلا كما اذا قال انت
طالق ثلاثا ونوى الواحدة وان شبهه بالعدد فيما لا عدد له بان قال انت طالق
مثل عدد كذا او كعدد كذا لشيء لا عدد له كالشمس والقمر ونحو ذلك فهي واحدة بائنة
في قياس قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف هي واحدة يملك الرجعة **وجه**
قول ابي يوسف ان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو فبطل التشبيه وبقي قوله
انت طالق ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا النوع من التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة
لا محالة ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحمل على الزيادة من حيث الصفة
وقالوا فيمن قال لامرأته انت طالق عدد شعر راحتي او عدد ما على ظهر كفي من الشعر
وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة لانه شبهه بما لا عدد له لانه علق الطلاق
بوجود الشعر على راحته او على ظهر كفه للحال وليس على راحته ولا على ظهر كفه
شعر للحال فلا يتحقق التشبيه بالعدد فلغا التشبيه وبقي قوله انت طالق فيكون
رجعيا ولو قال انت طالق عدد شعر راسي او عدد شعر ظهر كفي وقد حلقته
طلقت ثلاثا لانه شبهه بما له عدد لان شعر راسه ذو عدد وان لم يكن موجودا في
الحال فكان هذا تشبيها به حال وجوده وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف
المسئلة الاولى لان ذلك تعليق التشبيه لوجوده للحال وهو غير موجود للحال فيلغو
التشبيه ولو قال لها انت طالق مثل الجبل او مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة
في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف هي واحدة يملك الرجعة **وجه**
قول ابي يوسف ان قوله مثل الجبل يحتمل التشبيه في الصفة وهي العظم ويحتمل التشبيه
في التوحد لان الجبل بجميع اجزائه شيء واحد غير متعدد فلا تثبت البينونة بالشك
ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وانه لا يحتمل الزيادة
من حيث العدد لانه ليس بذي عدد لكونه واحدا في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع
الى الصفة وهي البينونة فيحمل على الواحدة البائنة لانها المتيقن بها ولو قال مثل عظم
الجبل او قال مثل عظم كذا فاضاف ذلك الى صغير او كبير فهي واحدة بائنة وان لم ينو
واحدة وان نوى ثلاثا فهو ثلاث لانه نص على التشبيه بالجبل في العظم فهذا يقتضي
زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم ان كان قد سمى واحدة تعينت الواحدة البائنة
لان الزيادة فيها لا تكون الا بالبينونة وان كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة
وهي البينونة بالواحدة او بالثلاث فاذا نوى الثلاث يكون ثلاثا لانه نوى ما يحتمله

كلامه

كلامه وان لم يكن له نية يحمل على الواحدة لكونها ادنى والادنى متيقن به وفي الزيادة
عليه شك ولو قال انت طالق مثل هذا او هكذا واشار بثلاث اصابع فان نوى ثلاثا ٢ وهذا م
فثلاث وان نوى واحدة فواحدة بائنة لانه شبه الطلاق بما له عدد فيحتمل التشبيه
من حيث العدد ويحتمل التشبيه في الصفة وهي الشدة فاذا نوى به الثلاث صحت نيته
لانه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله انت طالق كالف واذا نوى به الواحدة كانت واحدة
لانه اراد به التشبيه في الصفة وكذا اذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة
لانه ادنى والله اعلم **فصل** واما الكناية فثلاثة الفاظ من الكنايات
رواجع بلا خلاف وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما قوله اعتدي فلما روي
عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال القياس في قوله اعتدي ان يكون بائنا وانما اتبعنا
الاثر وكذا قال ابو يوسف القياس ان يكون بائنا وانما تركنا القياس لحديث جابر رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها اعتدي
فناشدته ان يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها حتى تحشر في جملة ازواجه
فراجعها ورد عليها يومها ولان قوله اعتدي امر بالاعتداد والاعتداد يقتضي
سابقة الطلاق والمقتضي يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة
ترتفع بالاقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ما سواها ثم قوله اعتدي انما
يجعل مقتضيا للطلاق في المدخول بها واما في غير المدخول بها فانه يجعل مستعارا
عن الطلاق **وقوله** استبرئي رحمك تفسير قوله اعتدي لان الاعتداد
شرع لاستبراء الرحم فيفيد ما يفيده قوله اعتدي **واما** قوله انت واحدة فلانه لما
نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة كانه قال
انت طالق طلقة واحدة كما يقال اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واختلف في البواقي
من الكنايات قال اصحابنا رحمهم الله انها بوائن وقال الشافعي رواجع **وجه**
قوله ان هذه الالفاظ كنايات الطلاق فكانت مجازا عن الطلاق الا ترى انها لا
تعمل بدون نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو المكنى عنه لا المجاز وهو الكناية
ولهذا كانت الالفاظ الثلاثة رواجع فكذا البواقي **ولنا** ان الشرع ورد بهذه
الالفاظ وانها صالحة لاثبات البينونة والمحل قابل للبينونة فاذا وجدت من الاهل
ثبتت البينونة استدلالا بما قبل الدخول ولا شك ان هذه الالفاظ صالحة لاثبات
البينونة فانه تثبت البينونة بها قبل الدخول وبعد انقضاء العدة وتثبت به
فتقول المحل ايضا لان ثبوت البينونة في محل لا يحتملها محال والدليل على ان الشرع
ورد بهذه الالفاظ قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقوله تعالى
فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وقوله فامسكوهن بمعروف او فارقوهن
بمعروف والتسريح والمفارقة من كنايات الطلاق على ما بينا وروي ان رسول الله صلى

الله عليه وسلم تزوج امراة فراى في كشحها بياضا فقال لها الحقي باهلك وهذا من الفاظ
الكنايات وروي ان ركانة بن ركانة طلق امراته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه
وسلم ما اراد بها الثلاث **وقوله** البتة من الكنايات واذا ثبت ان هذا التصرف
مشروع فوجود التصرف حقيقة لوجود ركنه ووجوده شرعا لصدوره من اهله وحلوله
في محله وقد وجد فتثبت البينونة واذا ثبتت البينونة فقد زال الملك فلا يملك
الرجعة ولان شرع الطلاق في الاصل لمكان المصلحة لان الزوجين قد تختلف اخلاقهما
وعند اختلاف الاخلاق لا يبقى النكاح مصلحة لانه لا يبقى وسيلة الى المقاصد فتنقلب
المصلحة الى الطلاق ليصل كل واحد منهما الى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه
الا ان المخالفة قد تكون من جهة الزوج وقد تكون من جهة المراة فالشرع شرع الطلاق
ومفوض طريق دفع المخالفة والاعادة الى الموافقة الى الزوج لاختصاصه بكمال
العقل والراي فينظر في حال نفسه فان كانت المخالفة من جهته يطلقها طلاقا واحدا
رجعيا او طلاقا في ثلاثة اطهار ويجرب نفسه في هذه المدة فان كان يمكنه الصبر
عنها ولا يميل قلبه اليها يتركها حتى تنقضي عدتها وان كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها
وان كانت المخالفة من جهتها تقع الحاجة الى ان تتوب وتعود الى الموافقة
وذلك لا يحصل بالطلاق الرجعي لانها اذا علمت ان النكاح بينهما قائم لا تتوب فيحتاج
الى الابانة لتتوب بزوال الحل والملك لتذوق مرارة الفراق فتعود الى الموافقة
عسى واذا كانت المصلحة في الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة الى شرع الابانة
عاجلا واجلا تحقيقا لمصالح النكاح بالقدر الممكن وقوله هذه الالفاظ مجاز
عن الطلاق ممنوع بل هي حقائق عاملة بانفسها لانها صالحة للعمل بانفسها على ما بينا
فكان وقوع البينونة بها لا بالمكنى عنه على انا ان سلمنا انها مجاز عن الطلاق فلفظ
المجاز عامل بنفسه ايضا كلفظ الحقيقة فان المجاز احد نوعي الكلام فيعمل بنفسه كالحقيقة
ولهذا قلنا ان للمجاز عموما كالحقيقة الا انه تشترط النية لتنوع البينونة والحرمة
الى الغليظة والخفيفة فكان الشرط في الحقيقة نية التمييز وتعيين احد النوعين
لا نية الطلاق والله اعلم ه ولسنوي فيما ذكرنا من الصريح والكناية والرجعي والبائن
ان يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه بطريق الاصالة او بغيره باذنه وامره
وذلك نوعان تفويض وتوكيل اما التفويض فنحو قول الرجل لامراته امرك بيدك
وقوله اختاري وقوله انت طالق ان شئت وما يجري مجراه وقوله طلقي نفسك
فصل اما قوله امرك بيدك فالكلام فيه يقع في مواضع في بيان صفة هذا
التفويض وهو جعل الامر باليد وفي بيان صفة الحكم الثابت وفي بيان ما يصلح
جواب جعل الامر باليد من الالفاظ وبيان حكمها اذا وجد اما بيان صفته فهو
انه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه ولا نهي المراة عما جعل اليها

ولا

انواع ثلثه تفويض وتوكيل ورسالة

وفي بيان حكمه وفي بيان شرط ثبوت الحكم وفي بيان شرط بقائه وما يبطل به وما لا يبطل صح

ولا تفسخ ذلك لانه ملكها الطلاق ومن ملك غيره شيئا فقد زالت ولايته عن الملك
فلا يملك ابطاله بالرجوع والنهي والفسخ بخلاف البيع فان الايجاب من البائع ليس
تمليك بل هو احد ركني البيع فاحتمل الرجوع عنه ولان الطلاق بعد وجوده
لا يحتمل الفسخ فكذا بعد ايجابه بخلاف البيع فانه يحتمل الفسخ بعد تمامه فيحتمل الفسخ
والرجوع بعد ايجابه ايضا ولان هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق واسم
وكذلك لو قام عن المجلس لا يبطل الجعل لان قيامه دليل الابطال لكونه دليل
الاعراض فاذا لم يبطل بصريح ابطاله كيف يبطل بدليل الابطال بخلاف البيع
اذا اوجب البائع ثم قام قبل قبول المشتري انه يبطل الايجاب لان البيع يبطل
بصريح الابطال فجاز ان يبطل بدليل الابطال واما من جانب المراة فانه غير لازم
لانه لما جعل الامر بيدها فقد خيرها بين اختيارها نفسها في التطليق وبين
اختيارها زوجها والتخيير ينافي اللزوم واما حكمه فهو صيرورة الامر بيدها
في الطلاق لانه جعل الامر بيدها في الطلاق وهو من اهل الجعل والمحل قابل
للجعل فيصير الامر بيدها واما شرط صيرورة الامر بيدها فشيئان احدهما
نية الزوج الطلاق لانه من كنايات الطلاق فلا يصح من غير نية الطلاق الا
ترى انه لا يملك ايقاعه بنفسه من غير نية الطلاق فكيف يملك تفويضه الى غيره
من غير نية الطلاق حتى لو قال الزوج ما اردت به الطلاق يصدق ولا يصير
الامر بيدها لان هذا التصرف يحتمل الطلاق ويحتمل غيره الا اذا كانت الحال
حال الغضب والخصومة او حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في القضاء لان الحال
يدل على ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر فان ادعت المراة
انه اراد به الطلاق او ادعت ان ذلك كان في حال الغضب او في حال ذكر الطلاق
وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه لانها تدعي عليه الطلاق وهو ينكر فان اقامت البينة
ان ذلك كان في حال الغضب او ذكر الطلاق قبلت بينتها لان حال الغضب وذكر الطلاق
يقف الشهود عليها ويتعلق علمهم بها فكانت شهادة عن علم بالمشهود به فتقبل ولو
اقامت البينة على انه نوى الطلاق لم تقبل بينتها لانه لا وقوف للشهود على النية
لانها امر في القلب فكانت هذه شهادة لا عن علم بالمشهود به فلا تقبل والثاني
علم المراة بجعل الامر بيدها حتى لو جعل الامر بيدها وهي غائبة او حاضرة لم تسمع
لا يصير الامر بيدها ما لم تسمع او يبلغها الخبر لان معنى صيرورة الامر بيدها
في الطلاق هو ثبوت الخيار لها وهو اختيارها نفسها بالطلاق او زوجها بترك الطلاق
اختيار الايثار وهذا لا يتحقق الا بعد العلم بالتخيير وصار الامر بيدها في اي وقت
علمت ان كان التفويض مطلقا عن الوقت وان كان موقتا بوقت وعلمت به في شيء
من الوقت صار الامر بيدها فاما اذا علمت بعد مضي الوقت كله لا يصير الامر

ط والرجوع صح

فلا يحتمل الرجوع والفسخ كسائر التعليقات المطلقة بخلاف البيع فانه ليس فيه معنى التعليق صح

بدليل صح

ما لا يقف الشهود عليه

ط واذا علمت بالتخيير صح

بيدها بعد التفويض ابدًا الان ذلك علم لا ينفع لان التفويض الموقت بوقت ينتهي عند انتهاء الوقت فلو صار الامر بيدها بعد ذلك لصار من غير تفويضه وهذا لا يجوز **واما** بيان شرط بقاء هذا الحكم وما يبطله وما لا يبطل فلن يمكن معرفته الا بعد معرفة اقسام الامر باليد فنقول وبالله التوفيق الامر باليد لا يخلوا اما ان يكون منجزًا او اما ان يكون معلقًا واما ان يكون موقتا فان كان مطلقا بان قال امرك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس وهو مجلس علمها بالتفويض ما دامت في مجلسها فالامر بيدها لان جعل الامر بيدها تمليك الطلاق منها لانه جعل الامر في الطلاق بيدها تتصرف فيه برايها وتدبيرها كيف شاءت بمشية الايثار وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشية الايثار والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه من غيره فصارت مالكة للطلاق وتمليك الزوج وجواب التمليك معتبر بالمجلس فقامت لان القعود يجمع الراي والقيام يفرقه فكان القعود دليل ارادة التامل والقيام دليل ارادة الاعراض وكذلك ان كانت متكية فقعدت لم يبطل خيارها لما قلنا فان كانت قاعدة فاتكأت ففيه روايتان في رواية يبطل خيارها لان المتكي يتعبد لتجمع رايه واما القاعد فلا يتكي لذلك وفي رواية اخرى لا يبطل لان المتامل ينتقل من الاتكاء الى القعود مرة ومن القعود الى الاتكاء اخرى وقد صار الامر بيدها بيقين ولا يخرج بالشك ولو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان روى الحسن بن زياد عنه انه لا يبطل خيارها وروى الحسن بن ابي مالك عنه انه يبطل كما قال زفر وان ابتدات الصلاة بطل خيارها فرضًا كانت الصلاة او نفلا او واجبة لان اشتغالها بالصلاة اعراض عن الجواب فان خيرها وهي في الصلاة فاتمتها فان كانت في صلاة الفرض او الواجب كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة لانها مضطرة في الاتمام لكونها ممنوعة من الافساد فلا يكون الاتمام دليل الاعراض وان كانت في صلاة التطوع فان سلمت على راس الركعتين فهي على خيارها وان زادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفع بمنزلة الشروع في الصلاة ابتداء ولو خيرت وهي في الاربع قبل الظهر فاتمت ولم تسلم على راس الركعتين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يبطل وهو الصحيح لانها في معنى الواجب فكانت من اولها الى اخرها فاتمامها يبطل خيارها لانها ان قدرت على الامتناع ولم تمتنع فقد قامت باختيارها وهو دليل الاعراض وان لم تقدر على ان تمتنع لتقدر على ان تقول قبل الاقامة اخترت نفسي فلما لم تفعل فقد اعرضت عن الجواب فان اكلت طعاما يسيرا من غير ان تدعو بطعام او شربت شرابا قليلا او نامت قاعدة او لبست ثوبا وهي قائمة او لبست وهي قاعدة ولم تقم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى احضار الشهود فتحتاج الى اللبس لتستتر به فكان ذلك

من ضرورات الخيار فلا يبطله والاكل اليسير لا يدل على الاعراض وكذا النوم قاعدة من غير ان تشتغل به وكذا اذا استحت او قرات شيئا قليلا لم يبطل خيارها لان التسبيح اليسير والقراءة القليلة لا يدل على الاعراض ولان الانسان لا يخلوا عن التسبيح اليسير والقراءة القليلة فلو جعل ذلك مبطلا للخيار لانسد باب التفويض وان طال ذلك بطل الخيار لان الطويل منه دليل الاعراض فلا يكن وجوده فان قالت ادعوا الي شهودا اشهدهم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى ذلك صيانة لاختيارها عن الجحود فكان ذلك من ضرورات الخيار فلم يكن دليل الاعراض وكذا اذا قالت ادعوا الي ابي استشيره لان هذا امر يحتاج الى المشورة وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اراد تخيير نسائه قال لعائشة رضي الله عنها اني اعرض عليك امرًا فلا تعجلي حتى تستشيري ابويك ولو كانت المشورة مبطلة للخيار لما ندبها الى الاستشارة ولو قالت اخترتك او قال لا اختار الطلاق خرج الامر من يدها لانها صرحت برد التمليك وانه يبطل بدلالة الرد فبالصريح اولى وسواء كان التمليك مطلقا او مؤبدًا بان قال لها امرك بيدك كلما شئت لما ذكرنا ان اختيارها زوجها رد التمليك فيرتد ما جعل اليها في جميع الاوقات هذا اذا كان التفويض مطلقا عن الوقت فاما ان كان موقتا فان اطلق الوقت بان قال امرك بيدك اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فلها الخيار في المجلس وغير المجلس ولا يتقيد بالمجلس حتى لو ردت الامر لم يكن ردا ولو قامت عن مجلسها او اخذت في عمل اخر او كلام اخر فلها ان تطلق نفسها لانه ما ملكها الطلاق مطلقا ليكون طالبا جوابها في المجلس بل ملكها في اي وقت شاءت الا انها لا تطلق نفسها الا مرة واحدة لما نذكر وان وقته بوقت خاص بان قال امرك بيدك يومًا او شهرًا او سنة او قال اليوم او الشهر او السنة او قال هذا اليوم او هذا الشهر او هذه السنة لا يتقيد بالمجلس ولها الامر في الوقت كله تختار نفسها فيما شاءت منه ولو قامت من مجلسها او تشاغلت بغير الجواب لا يبطل خيارها ما بقي شيء من الوقت بلا خلاف لانه فوض الامر اليها في الوقت المذكور فيبقى ما بقي الوقت ولانه لو بطل الامر باعراضها لم يكن للتوقيت فائدة وكان الموقت وغير الموقت سواء غير انه ان ذكر اليوم او الشهر او السنة منكرا فلها الامر من الساعة التي تكلم فيها الى مثلها من الغد والشهر والسنة لان ذلك يقع على يوم تام وشهر تام وسنة تامة ولا يتم الا بما قلنا ويكون الشهر هاهنا بالايام لان التفويض اذا وجد في بعض الشهر لا يمكن اعتبار الاهلة فيعتبر بالايام وان ذكر ذلك معرفا فلها الخيار في بقية اليوم وفي بقية الشهر وفي بقية السنة لان المعرف منه يقع على الباقي ويعتبر الشهر هاهنا بالهلال لان الاصل في الشهر هو الهلال والعدول عنه الى غيره لمكان الضرورة ولا ضرورة هاهنا ولو

اختارت نفسها في الوقت مرة ليس لها ان تختار مرة اخرى لان اللفظ يقتضي الوقت
ولا يقتضي التكرار ولو قالت اخترت زوجي او قالت لا اختار الطلاق ذكر في بعض
المواضع ان على قول ابي حنيفة ومحمد يخرج الامر من يدها في جميع الوقت حتى لا يملك
ان تختار نفسها بعد ذلك وان بقي الوقت وعند ابي يوسف يبطل خيارها في ذلك
المجلس ولا يبطل في مجلس اخر وذكر في بعضها الاختلاف على العكس من ذلك **وجه**
قول من قال انه لا يخرج الامر من يدها انه جعل الامر بيدها في جميع الوقت فاعراضها في
بعض الوقت لا يبطل خيارها في الجميع كما اذا قامت من مجلسها او اشتغلت بامر يدل على
الاعراض **وجه** قول من يقول انه يخرج الامر من يدها ان قولها اخترت زوجي
رد للتمليك والتمليك تمليك واحد فيبطل برد واحد كتمليك البيع بخلاف القيام
عن المجلس لانه ليس برد حقيقة بل هو امتناع من الجواب الا انه جعل ردا في التفويض
المطلق عن الوقت ضرورة ان الزوج طلب الجواب في المجلس فاذا المجلس يبطل بالقيام
فلو بقي الامر بقي خاليا عن الفائدة فبطل ضرورة عدم الفائدة في البقاء وهذه الضرورة
منعدمة هاهنا لان الزوج طلب منها الجواب في جميع الوقت لا في المجلس فكان في بقاء
الامر بعد القيام عن المجلس فائدة ولان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها وبين ان — فيبقى صح
تختار زوجها ولو اختارت نفسها بطل خيارها في جميع المدة فكذا اذا اختارت زوجها
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك في هذا اليوم كان على — ط بهذا اليوم كان على اليوم كله ولو قال امرك بيدك صح
مجلسها لان في الفصل الاول جعل اليوم كله ظرفا للامر باليد كما لو قال لله علي ان اصوم
عمري انه يلزمه صوم جميع عمره لانه جعل عمره ظرفا للصوم واذا صار اليوم كله ظرفا
للامر باليد فلا يتقيد بالمجلس وفي الفصل الثاني جعل جزءا من اليوم ظرفا كما لو قال لله علي
ان اصوم في عمري انه لا يلزمه الا صوم يوم واحد لانه جعل جزءا من عمره ظرفا للصوم
واذا صار جزء من اليوم ظرفا للامر وليس جزء اولى من جزء فيختص بالمجلس ولو قال
امرك بيدك الى راس الشهر صار الامر بيدها الى راس الشهر ولا يبطل بالقيام عن
المجلس والاشتغال بترك الجواب وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على الاختلاف
الذي ذكرنا واما التفويض المعلق بشرط فلا يخلو من احد وجهين اما ان يكون — ع
مطلقا واما ان يكون موقتا فان كان مطلقا بان قال اذا قدم فلان فامرك بيدك
فقدم فلان فالامر بيدها اذا علمت في مجلسها الذي يقدم فيه لان المعلق بالشرط
كالمنجز عند الشرط فيصير قائلا عند القدوم فاذا علمت بالقدوم كان لها الخيار في مجلس — م امرك بيدك صح
علمها وان كان موقتا بان قال اذا قدم فلان فامرك بيدك يوما او قال اليوم الذي يقدم
فيه فلان فاذا قدم فلها الخيار في ذلك كله اذا علمت بالقدوم غير انه ان ذكر اليوم — م الوقت صح
منكرا يقع على يوم تام وان عرفه يقع على بقية اليوم الذي يقدم فيه ولا يبطل بالقيام
عن المجلس وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ما ذكرنا من الاختلاف وليس لها

ان تختار

ان تختار نفسها في الوقت كله الا مرة واحدة لما بينا ولو لم تعلم بقدومه حتى مضى الوقت
ثم علمت فلا خيار لها بهذا التفويض ابدا لما مر واما المضاف الى الوقت بان قال — بلغ
امرك بيدك غدا او راس شهر كذا فجاء الوقت صار الامر بيدها لان الطلاق
يحتمل الاضافة الى الوقت فكذا تمليكه وكان على مجلسها من اول الغد وراس الشهر واول
الغد من حين يطلع الفجر الثاني وراس الشهر ليلة الهلال ويومها وان قال امرك
بيدك اذا اهل الشهر يصير الامر بيدها ساعة يهل الهلال ولو قال امرك بيدك اليوم — ويتقيد بالمجلس
وغدا او قال امرك بيدك هذين اليومين فلها الامر في اليومين تختار نفسها اي ما شاءت
ولا يبطل بالقيام عن المجلس ما بقي شيء من الوقتين وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ما
مر من الخلاف ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد فاختارت زوجها اليوم
فلها ان تختار نفسها بعد غد وكذلك اذا ردت الامر في يومها بطل امرها ذلك اليوم
وكان الامر بيدها بعد غد حتى كان لها ان تختار نفسها بعد غد ذكر القدوري
هذه المسألة ونسب القول الى ابي حنيفة وابي يوسف وذكرها في الجامع الصغير
ولم يذكر الاختلاف والوجه انه جعل الامر بيدها في وقتين وجعل بينهما وقتا لا خيار
لها فيه فصار كل واحد من الوقتين شيئا منفصلا عن صاحبه مستقلا بنفسه في الامر
منفردا به فيتفرد التفويض معنى كانه قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد
فرد الامر في احدهما لا يكون ردا في الاخر بخلاف قوله امرك بيدك اليوم او الشهر
او السنة او اليوم وغدا او هذين اليومين على قول من يقول يبطل الامر لان الزمان — م هناك صح
زمان واحد لا يتخلله ما لا خيار فيه فكان التفويض واحدا فرد الامر فيه يبطله — ط لها صح
ولو قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا فهما امران حتى لو اختارت زوجها
اليوم او ردت الامر فهي على خيارها غدا لانه لما كرر اللفظ فقد تعدد التفويض فرد
احدهما لا يكون ردا للاخر ولو اختارت نفسها في اليوم الاول فطلقت ثم تزوجها قبل
مجيء الغد فارادت ان تختار فلها ذلك وتطلق اخرى اذا اختارت لانه ملكها بكل واحد — ٤ نفسها صح
من التفويضين طلاقا فالايقاع باحدهما لا يمنع الايقاع بالاخر ولو قال لها امرك بيدك
هذه السنة فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها ان تختار في بقية السنة في قول ابي
يوسف وقال ابو يوسف وقياس قول ابي حنيفة ان يلزمها الطلاق في الخيار الثاني
ولست ادري هذا عنه ولكن قياس قوله ولو كان ترك القياس واستحسن لكان مستقيما — ٢ هذا صح
ولو لم تختر نفسها ولا زوجها ولكن الزوج طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها
في تلك السنة فلا خيار لها في نفسه في بقية السنة في قول ابي يوسف وعند ابي حنيفة لها
الخيار **وجه** قول ابي يوسف ان الزوج تصرف فيما فوض اليها فيخرج الامر من يدها
كالموكل اذا باع ما وكل ببيعه انه ينعزل الوكيل ولابي حنيفة ان جعل الامر باليد فيه معنى
التعليق فزوال الملك لا يبطله ما دام طلاق الملك الاول قائما كما في سائر التعليقات

وقوله الزوج تصرف فيما فوض اليها ليس كذلك لانه يملك ثلاث تطليقات ولم
يفوض اليها الا واحدة فيقتضي خروج المفوض عن يده لا غير كما اذا وكل انسانا ببيع ثوبين
له فباع الموكل احدهما لم يبطل الوكالة لما قلنا كذا هذا واما بيان صفة الحكم
الثابت بالتفويض فمن صفته انه غير لازم في حق المراة حتى تملك رده صريحا او دلالة
لما ذكرنا ان جعل الامر بيدها تخيير لها بين ان تختار نفسها وبين ان تختار زوجها
والتخيير ينافي اللزوم ومن صفته انه اذا خرج الامر من يدها لا يعود الامر الى
يدها بذلك الجعل ابدا وليس لها ان تختار الا مرة واحدة لان قوله امرك بيدك
لا يقتضي التكرار الا اذا اقترن به ما يقتضي التكرار بان قال امرك بيدك كلما شئت
فيصير الامر بيدها في ذلك المجلس وغيره ولها ان تطلق نفسها في كل مجلس تطليقة واحدة
حتى تبين بثلاث لان كلمة كلما تقتضي تكرار الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم
بدلناهم جلودا غيرها وقال كلما اوقدوا نارا للحرب اطفاها الله فيقتضي تكرار التمليك
عند تكرار المشية الا انها لا تملك ان تطلق نفسها في كل مجلس الا تطليقة واحدة لانه
يصير قايلا لها في كل مجلس امرك بيدك فاذا اختارت فقد انتهى موجب ذلك التمليك
ثم يتجدد لها الملك بتمليك اخر في مجلس اخر عند مشية اخرى اي ان تستوفي ثلاث
تطليقات فان بانت بثلاث تطليقات ثم تزوجت بزوج اخر وعادت الى الزوج
الاول فلا خيار لها لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج والزوج انما تملكها
ما كان يملكه بنفسه وهو انما كان يملك طلقات ذلك الملك القائم لا طلقات
ملك لم يوجد فما لا يملكه بنفسه كيف يملكه غيره وان بانت بواحدة او ثنتين
ثم تزوجت بزوج اخر ثم عادت اليه فلها ان تنشا الطلاق مرة بعد اخرى
حتى تستوفي الثلاث في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وهو قول
الشافعي بناء على ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث من التطليقات اولا وقد هل صح
ذكرنا المسلة فيما تقدم بخلاف ما اذا قال لها امرك بيدك ان شيت او اذا ما
شيت او متى شيت او متى ما شيت ان لها الخيار في المجلس وغيره لكنها لا تملك ان تختار
الا مرة واحدة فاذا اختارت مرة لا يتكرر لها الخيار في ذلك لان اذا او متى
لا تفيد التكرار وانما تفيد مطلق الوقت كانه قال لها اختاري اي وقت شيت
فكان لها الخيار في المجلس وغيره لكن مرة واحدة فاذا اختارت مرة واحدة
انتهى موجب التفويض بخلاف الفصل الاول لان كلما تقتضي تكرار الافعال فيتكرر
التفويض عند تكرر المشية والله اعلم واما بيان ما يصلح جواب جعل الامر باليد
من الالفاظ وما لا يصلح وبيان حكمه اذا وجد فالاصل فيه ان كل ما يصلح من
الالفاظ طلاقا من الزوج يصلح جوابا من المراة وما لا فلا الا في لفظ الاختيار
خاصة فانه لا يصلح طلاقا من الزوج ويصلح جوابا من المراة في الجملة بخلاف

الاصل

الاصل لان التفويض من الزوج تمليك الطلاق منها فما يملكه بنفسه يملك تمليكه من
غيره وما لا فلا هو الاصل اذا عرف هذا فنقول اذا قالت طلقت نفسي او ابنت
نفسي او حرمت نفسي يكون جوابا لان الزوج لو اتى بهذه الالفاظ كان طلاقا وكذا
اذا قالت انا منك باين او انا عليك حرام لان الزوج لو قال لها انت مني باين او انت
علي حرام كان طلاقا وكذا اذا قالت لزوجها انت مني باين او انت علي حرام لان الزوج
لو قال لها ذلك كان طلاقا ولو قالت انا باين ولم تقل منك او قالت انا حرام ولم
تقل عليك فهو جواب لان الزوج لو قال لها انت باين او انت حرام ولم يقل مني او علي
كان طلاقا ولو قالت لزوجها انت مني طالق لم يكن جوابا لان الزوج لو قال لها انا
منك طالق لم يكن طلاقا عندنا خلافا للشافعي ولو قالت اخترت نفسي كان جوابا
وان لم يكن هذا اللفظ من الزوج طلاقا وانه حكم ثبت شرعا بخلاف القياس
بالنص واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما نذكر ان شا الله تعالى واما الواقع بهذه
الالفاظ التي تصلح جوابا فطلاق واحد باين ان كان التفويض مطلقا عن قرينة
الطلاق بان قال لها امرك بيدك ولم ينو الثلاث اما وقوع الطلقة الواحدة
فلانه ليس في التفويض ما ينبي عن العدد واما كونها باينة فلان هذه الالفاظ جواب
الكناية والكنايات على اصلنا مبينات ولان قوله امرك جعل امرها بيدها
فيصير عند اختيارها نفسها مالكة نفسها وانما تصير مالكة نفسها بالباين لا بالرجعي
وان قرن به ذكر الطلاق بان قال لها امرك بيدك في تطليقة فاختارت نفسها
فهي واحدة يملك الرجعة لانه فوض اليها الصريح حيث نص عليه وبه تبين انه ما
ملكها نفسها وانما ملكها التطليقة وخيرها بين الفعل والترك عرفنا ذلك بنص
كلامه بخلاف ما اذا قال امرك بيدك ونوى الثلاث فطلقت نفسها ثلاثا كان
ثلاثا لانه جعل امرها بيدها مطلقا فيحتمل الواحد ويحتمل الثلاث فاذا نوى
الثلاث فقد نوى ما يحتمله مطلق الامر فصحت نيته وان نوى اثنتين فهي واحدة
عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقد ذكرنا المسلة فيما تقدم وكذا اذا قالت
طلقت نفسي او حرمت نفسي ولم يذكر الثلاث في الجواب فهي ثلاث لانه جواب
تفويض الثلاث فيكون ثلاثا وكذا اذا قالت ابنت نفسي او حرمت نفسي وغير
ذلك من الالفاظ التي تصلح جوابا ولو قالت طلقت نفسي واحدة او اخترت
نفسي بتطليقة فهي واحدة باينة لانه لما نوى ثلاثا فقد فوض اليها الثلاث
وهي اتت بالواحدة فتقع واحدة كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها
واحدة وتكون باينة لانه ملكها نفسها ولا تملك نفسها الا بالباين ولو قالت اخترت
نفسي بواحدة فهي ثلاث فرقا بينه وبين قولها طلقت نفسي واحدة ووجه
الفرق ان معنى قولها بواحدة اي بمرة واحدة وهي عبارة عن توحد فعل الاختيار

ولو قالت لزوجها انت باين ولم
تقل مني او قالت له انت حرام ولم
تقل علي فهو باطل لان الزوج لو
قال لها انا باين او انا حرام لم
يكن طلاقا ولو قالت انا منك
طالق فهو جواب لان الزوج لو قال
لها انت مني طالق كان طلاقا
وكذا لو قالت انا طالق ولم تقل منك
لان الزوج لو قال انت طالق ولم يقل
مني كان طلاقا تم

بيدك صح

طلقت لانه لما اطلق فقد ملكها نفسها
فلا تملك نفسها الا بالباين

على وجه لا يحتاج بعده الى اختيار آخر وانقطاع العلقة بينهما بالكلية بحيث لا يبقى
بينهما امر بعد ذلك وذلك انما يكون بالثلاث بخلاف قولها طلقت نفسي واحدة لانها
جعلت الوحدة هناك صفة المختار وهو الطلاق لا صفة فعل الاختيار فهو الفرق
بين الفصلين والله اعلم **فصل** واما قوله اختاري فالكلام فيه يقع فيما ذكرنا
من المواضع في الامر باليد والجواب فيه كالجواب في الامر باليد في جميع ما وصفنا
لان كل واحد منهما تمليك الطلاق من المراة وتخييرها بين ان تختار نفسها او زوجها
لا يختلفان الا في شيئين احدهما ان الزوج اذا نوى الثلاث في قوله امرك بيدك
يصح وفي قوله اختاري لا يصح نية الثلاث والثاني في قوله اختاري لا بد من ذكر
النفس في احد الكلامين اما في تفويض الزوج واما في جواب المراة بان يقول لها
اختاري نفسك فتقول اخترت او يقول لها اختاري فتقول اخترت نفسي او ذكر الطلاق
في كلام الزوج او في كلام المراة بان يقول لها اختاري الطلاق فتقول اخترت
او يقول لها اختاري فتقول اخترت الطلاق او ذكر ما يدل على الطلاق وهو تكرار
التخيير من الزوج بان يقول لها اختاري اختاري فتقول اخترت او ذكر الاختيار
في كلام الزوج او في كلام المراة بان يقول الزوج اختاري اختيارة فتقول اخترت
اختيارة وانما كان كذلك لان القياس في قوله اختاري ان لا يقع به شيء وان اختارت
لانه ليس من الفاظ الطلاق لغة الا ترى ان الزوج لا يملك ايقاع الطلاق بهذا
اللفظ بنفسه فكيف يملك تفويضه الا انه جعل من الفاظ الطلاق شرعا بالكتاب
والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن
تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا الى قوله
اجرا عظيما امر الله تعالى نبيه بتخيير نسائه بين اختيار الفراق والبقاء على
النكاح والنبي صلى الله عليه وسلم خيرهن على ذلك ولو لم تقع الفرقة لم يكن للامر
بالتخيير وللتخيير معنى وروي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لما امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم بتخيير ازواجه بدا بي فقال يا عائشة اني ذاكر لك امرا
فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستامري ابويك قالت وقد علم الله تعالى ان ابوي لم
يكونا ليامراني بفراقه قالت فقرا يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة
الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا الى قوله اجرا عظيما
فقالت افي هذا استامر ابوي واني اريد الله ورسوله والدار الاخرة وفي
بعض الروايات قالت بل اختار الله ورسوله وفعل سائر ازواجه مثل ما فعلت
فدل انه يوجب اختيار التفريق والبقاء على النكاح **واما** الاجماع فانه روي عن
جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وجابر
وعائشة رضي الله عنهم ان المخيرة اذا اختارت نفسها في مجلسها وقع وكذا اشهور

ايضا

ان ص

لا يصلح جوابا ولا يقع الطلوق ص

فتقول المراة اخترت او يقول لها اختاري ص

الى غيره صح

بان قال لامرأته اخترتك وخيرت نفسي لا تطلق فاذا لم يملك ايقاع الطلوق بهذا اللفظ بنفسه ص

الطلوق صح

ايضا هذه الخيار من الخيارات الطارية على النكاح وهي خيار المعتقة وامراة العنين
وتقع الفرقة بذلك الخيار فكذا هذه او كذا اختلفوا في كيفية الواقع على ما نذكر
وذلك دليل اصل الوقوع اذ الكيفية من باب الصفة والصفة تستدعي وجود الموصوف
فثبت كون هذه اللفظ من الفاظ الطلاق بالشرع فيتبع مورد الشرع والشرع ورد به
مع قرينة الفراق نصا او دلالة او قرينة النفس فان اختيار التفريق مفسر في قوله
تعالى ان كنتن تردن الحياة بدليل ما يقابله وهو قوله وان كنتن تردن الله ورسوله
فدل على اضمار اختيار الفراق كانه قال ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها
مع اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ذلك تخييرا لهن بين ان يخترن الحياة
الدنيا وزينتها مع اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين ان يخترن الله
ورسوله والدار الاخرة فكن مختارات للطلاق لو اخترن الدنيا وكان اختيارهن
الدنيا وزينتها اختيارا للفراق رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم تكن معه الدنيا
وزينتها والصحابة رضي الله عنهم جعلوا للمخيرة المجلس وقالوا اذا اختارت نفسها
في مجلسها وقع الطلاق عليها فهذا مورد الشرع في هذا اللفظ فيقتصر حكمه على مورد
الشرع فيبقى الامر فيه على اصل القياس فلا يصلح جوابا ولان قوله اختاري محتمل
اختاري اباك او نفسك فاذا قالت اخترت فلم تات بالجواب لانها لم تختر نفسها ولا
زوجها فلم يقع به شيء واذا قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت فهو جواب لانه
اخرجه مخرج الجواب كقوله اختاري نفسك فينصرف اليه كانها قالت اخترت
نفسي وكذا اذا قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي لما ذكرنا ان معنى قوله اختاري
اي اختاري اباك او نفسك وقد اختارت نفسها فقد اتت بالجواب وكذا لو قالت
اختار نفسي يكون جوابا لان قولها اختار يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال فلا يكون
جوابا مع الاحتمال **وجه** الاستحسان ان صيغة افعل موضوعة للحال وانما
تستعمل للاستقبال بقرينة سين وسوف على ما عرف في موضعه وكذا اذا قال
لها اختاري اختاري فقالت اخترت يكون جوابا وان لم يوجد ذكر النفس في
الجانبين جميعا لان تكرار الاختيار دليل ارادة الطلاق لانه هو الذي يقبل التعدد
كانه قال اختاري الطلاق فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال لها اختاري اختيارة
فقالت اخترت او قال اختاري فقالت اخترت اختيارة فهو جواب لان قوله
اختيارة يفيد معنيين احدهما تاكيد الامر والثاني معنى التوحد والتفرد فالتقييد
بما يوجب التفرد يدل على انه اراد به التخيير فيما يقبل التعدد وهو الطلاق واذا
قال لها اختاري الطلاق فقالت اخترت الطلاق لان معنى قوله اختاري اي
اختاري اباك او نفسك فاذا قالت اخترت الطلاق فقد اختارت نفسها فكان

ورد ص

ذلك ص

فاذا قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع به شيء لانه ليس في معنى مورد الشرع ص

استحسانا والقياس ان لا يكون جوابا ص

اختيار ص

فهو جواب لانه فوض لها اختيار الطلوق نصا فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال لها اختاري فقالت اخترت ص

جواباً ولو قال لها اختاري فقالت اخترت ابي وامي او اهلي او الازواج فالقياس ان لا
يكون جواباً ولا يقع به شيء وفي الاستحسان يكون جواباً **وجه** القياس انه ليس في
لفظ الزوج ولا في لفظ المرأة ما يدل على اختيارها نفسها فلا يصلح جواباً **وجه**
الاستحسان ان في لفظها ما يدل على الطلاق لان المرأة بعد الطلاق تلحق بابويها
واهلها وتختار الازواج عادة فكان اختيارها هؤلاء دلالة على اختيارها الطلاق
فكانها قالت اخترت الطلاق واما الواقع بهذه الالفاظ فان كان التخيير واحداً
ولم يذكر الثلاث في التخيير فلا يقع الا طلاق واحد وان نوى الثلاث في التخيير
ويكون بائناً عندنا ان كان التفويض مطلقاً عن قرينة الطلاق وقال الامام
الشافعي رضي الله عنه اذا اراد الزوج بالتخيير الطلاق فاختارت نفسها
ونوت الطلاق يقع واحدة رجعية وهذا من مذهبه في الامر باليد ايضاً وقد
اختلفت الصحابة رضي الله عنهم فيمن خير امرأته فاختارت زوجها او اختارت
نفسها قال بعضهم ان اختارت زوجها لا يقع شيء وهو قول عمر وعبد الله بن مسعود
وابي الدرداء وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وروي عن علي رضي الله عنه انها ان اختارت زوجها يقع تطليقة رجعية والترجيح للقول الاول لما روي عن عائشة رضي الله ا ذام ٢
عنها انها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعد طلاقاً وعن ذلك ٢
مسروق عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن الرجل يخير امرأته ايكون طلاقاً
فقالت قد خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم افكان طلاقاً ولان التخيير اثبات
الخيار في الفراق والبقاء على النكاح واختيارها زوجها دليل الاعراض عن ترك
النكاح والاعراض عن ترك النكاح استبقاء للنكاح فكيف يكون طلاقاً ولو اختارت
نفسها قال بعضهم هي واحدة بائنة وهو احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه
وقال بعضهم هي واحدة رجعية وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا اختارت
نفسها فهو ثلاث والترجيح لقول من يقول يقع بائناً لا رجعياً اما وقوع البائن ولا ثلاثا ٢
فلان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها لنفسها وبين ان تختار نفسها لزوجها
فاذا اختارت نفسها لنفسها لو كان الواقع رجعياً لم يكن اختيار نفسها لنفسها
بل لزوجها اذ لزوجها ان يراجعها شاءت او ابت واما عدم وقوع الثلاث وان
وجدت نية الثلاث في التخيير فلما ذكرنا ان القياس ان لا يقع بالاختيار شيء لانه
ليس من الفاظ الطلاق وانما جعل طلاقاً بالشرع ضرورة صحة التخيير وحق
الضرورة يصير مقضياً بالواحدة البائنة وان كان التفويض مقروناً بذكر
الطلاق بان قال لها اختاري الطلاق فقالت اخترت او قال لها اختاري فقالت
اخترت الطلاق فهي واحدة رجعية لانه لما صرح بالطلاق فقد خيرها بين نفسها

بتطليقة

بتطليقة رجعية وبين رد التطليقة كما في قوله امرك بيدك وان ذكر الثلاث في
التخيير بان قال لها اختاري فقالت اخترت يقع الثلاث لان التنصيص على الثلاث ثلاثا ٢
دليل ارادة اختيار الطلاق لانه هو الذي يتعدد فقولها اخترت ينصرف اليه
فيقع الثلاث ولو كرر التخيير بان قال لها اختاري اختاري ونوى بكل واحدة منهما
الطلاق فقالت اخترت يقع ثنتان لان كل واحدة منهما تخيير تام بنفسه لوجود
ركنه وشرطه وهو النية والثاني لا يصلح تفسيراً للاول لان الشيء لا يفسر
بنفسه فلا يصلح جواباً ايضاً ولا علة ولا حكماً للاول فيكون كلاماً مبتدأ
والتكرار دليل ارادة اختيار الطلاق فقولها اخترت يكون جواباً لهما
جميعاً والواقع بكل واحد منهما طلاق بائن فيقع تطليقتان بائنتان وكذلك اذا ذكر
الثاني بحرف الصلة بان قال لها اختاري واختاري او قال اختاري فاختاري
لان الواو والفاء من حروف العطف الا ان الفاء قد تذكر في موضع العلة وقد تذكر
في موضع الحكم كما يقال ابشر فقد اتاك الغوث ويقال قد اتاك الغوث
فابشر لكن هاهنا لا يصلح علة ولا حكماً فيكون للعطف والمعطوف غير المعطوف
عليه هو الاصل ولو قال لها اختاري اختاري اختاري او قال اختاري واختاري واختاري او قال
فاختاري فاختاري فقالت اخترت فهي ثلاث لما قلنا ولو قال لها اختاري اختاري اختاري ص ٢
اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة فهو ثلاث في قول ابي
حنيفة وعندهما يقع واحدة **وجه** قولهما انها ما اوقعت الا واحدة ولا
يقع الا واحدة لان الوقوع باختيارها ولم يوجد منها الا اختيار واحدة فلا
يقع به الزيادة على الواحدة كما لو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت واحدة
ولابي حنيفة رحمه الله ان الزوج ملكها الثلاث جملة والثلاث جملة ليس فيها اولى
ولا وسطى ولا اخيرة فقولها اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة يكون لغواً
فيبطل تعيينها ويبقى قولها اخترت وانه يصلح جواب الكل وعلى هذا الخلاف اذا قال
لها اختاري واختاري واختاري او قال لها اختاري فاختاري فاختاري فقالت
اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة ولو قال لها اختاري اختاري اختاري او ذكر
التخييرين بحرف الواو او بحرف الفاء فقالت اخترت اختيارة فهو ثلاث في قولهم جميعاً
لان معناه اخترت الكل مرة فيقع الثلاث وان لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعاً
لما ذكرنا ان التكرار من الزوج دليل ارادة اختيار الطلاق وكذا اذا قالت اخترت
الاختيارة او قالت اخترت مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة فهو ثلاث لما قلنا
ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لما ذكرنا
في الامر باليد ولو قال لها اختاري اختاري اختاري بالف درهم فقالت اخترت
الاولى او الوسطى او الاخيرة فهي ثلاث وعليها الف درهم في قول ابي حنيفة رحمه الله

وعند ابي يوسف ومحمد لا يقع الا واحدة غير انها ان اختارت نفسها بالاخيرة كانت تطليقة
واحدة وعليها الف درهم وان اختارت نفسها بالاولى او بالوسطى كانت واحدة ولا
شي عليها والاصل عند ابي حنيفة ان تعيين الاولى او الوسطى او الاخيرة لغو لانه
ملكها الثلاث جملة والثلاث المملكة جملة ليس لها اولى ولا وسطى ولا اخيرة فكان
التعيين منها لغوا فبطل التعيين وبقي قولها اخترت ولو قالت اخترت طلقت ثلاثا
وعليها الالف كذا هنا والاصل عندهما ان اختيار الاولى او الوسطى او الاخيرة
صحيح ولا يقع الا واحدة غير انهما يقولان لا يلزمها الالف الا اذا اختارت الاخيرة
لان كل واحدة من التخييرات تخيير على حدة لانه كلام تام بنفسه ولم يذكر معه حرف
الجمع فيجعل الكل كلاما واحدا فبقي كل واحد منهما تخييرا تاما بنفسه فيعطى لكل واحد
منها حكم نفسه والبدل لم يذكر الا في التخيير الاخير فلا يجب الا باختيار الاخيرة
ولو ذكر حرف الواو او حرف الفا فقال اختاري واختاري واختاري بالف درهم
او قال اختاري فاختاري فاختاري بالف درهم فقالت اخترت الاولى او الوسطى
او الاخيرة فعند ابي حنيفة لا يختلف الجواب تطلق ثلاثا وعليها الف درهم
لما ذكرنا وعندهما لا يقع الطلاق في هذه الصورة لانه لما جمع بين التخييرات بحرف الثلاث م
الجمع جعل الكل كلاما واحدا وقد امرها ان تحرم نفسها عليه بالف فلا تملك التحريم
باقل من ذلك كما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا بالف درهم فطلقت نفسها واحدة
انه لا يقع شي لما قلنا كذا هنا والله اعلم بالصواب **فصل** واما قوله انت طالق بلغ
ان شئت فهو مثل قوله اختاري في جميع ما وصفنا لان كل واحد منهما تمليك الطلاق
الا ان الطلاق هاهنا رجعي وهناك باين لان المفوض هاهنا صريح وهناك كناية
وكذا اذا قال لها انت طالق ان احببت او رضيت او هويت او اردت لانه علق الطلاق
بفعل من افعال القلب فكان مثل قوله ان شئت وكذا اذا قال لها انت طالق حيث شئت
او اين شئت ٢ او اينما شئت فهو مثل قوله ان شئت لان حيث واين اسم مكان وما صلة ٢ او حيثما
فيهما ولا يتعلق الطلاق بالمكان فيلغو ذكرهما لعدم الفايدة وبقي ذكر المشية
وصار كانه قال لها انت طالق ان شئت وكذا لو قال لها انت طالق كم شئت او ما
شئت غير ان لها ان تطلق نفسها في المجلس ما شاءت واحدة او ثنتين او ثلاثا لان كلمة
كم للقدر وقدر الطلاق هو العدد والعدد هو الواقع وكذا كلمة ما في مثل هذا
الموضع تذكر لبيان القدر يقال كل من طعامي ما شئت اي القدر الذي شئت ولو قال
لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فلها ان تطلق نفسها ط
الا واحدة لانه ليس في هذه الالفاظ ما يدل على التكرار على ما مر بخلاف قوله انت طالق
كل ما شئت فان لها ان تطلق نفسها مرة بعد اخرى حتى تطلق نفسها ثلاثا لان المعلق
بالمشية وان كان واحدا وهو الثابت بمقتضى قوله انت طالق وهو الطلاق لكنه علقه بشرط

ط في اي وقت شاءت في المجلس او بعد القيام عنه ... وليس لها ان تطلق نفسها صح

المشية

المشية
بكلمة كلما وانها تقتضي تكرار الافعال فيتكرر المعلق بتكرار الشرط واذا وقع الثلاث
عند المشيات المذكورة يبطل التعليق عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر حتى لو تزوجت
بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول فطلقت نفسها لا يقع شي وليس لها ان تطلق نفسها
ثلاثا في كلمة واحدة لما ذكرنا فيما تقدم ولان المعلق بكل مشية والمفوض اليها تطليقة
واحدة وهي الثابتة بمقتضى قوله انت طالق ولا تملك الثلاث ولو قال انت طالق كيف
شئت طلقت للحال تطليقة واحدة بقوله انت طالق في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد لا يقع عليها شي ما لم تشا والحاصل ان عند ابي حنيفة في قوله انت طالق كيف شئت
لا يتعلق اصل الطلاق بالمشية بل المعلق بالمشية صفة الواقع ويتقيد مشيتها بالمجلس
وعندهما يتعلق الاصل والوصف بالمشية ويتقيد مشيتها بالمجلس **وجه**
قولهما ان الكيفية من باب الصفة وقد علق الوصف بالمشية وتعليق الوصف بالمشية
تعليق الاصل بالمشية لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف واذا تعلق اصل الطلاق
بالمشية لا ينزل ما لم توجد المشية ولابي حنيفة ان الزوج بقوله انت طالق كيف
شئت اوقع اصل الطلاق للحال وفوض تكييف الواقع الى مشيتها لان الكيفية للموجود
لا للمعدوم واذا المعدوم لا يحتمل الكيفية فلا بد من وجود اصل الطلاق لتتخير هي في
الكيفية ولهذا قال بعض المحققين في تعليل المسيلة لابي حنيفة ان الزوج كيف المعدوم
والمعدوم لا يكيف فلا بد من الوجود ومن ضرورة الوجود الوقوع ثم اذا شاءت في
مجلسها فان لم ينو الزوج البينونة ولا الثلاث فشاءت واحدة باينة او ثلاثا
كان ما شاءت لان الزوج فوض الكيفية اليها فان نوى الزوج البينونة او الثلاث
فان وافقت مشيتها نية الزوج بان قالت في مجلسها شئت واحدة باينة او ثلاثا ٢
وقع وكان الواقع ما شاءت فاذا وافقت مشيتها نية الزوج اولى وان خالفت
٢ ثلاثا مشيتها نية الزوج بان قالت شئت ٢ وقال الزوج نويت واحدة لا يقع بهذه المشية
شي اخر في قول ابي حنيفة سوى تلك الواحدة الواقعة بقوله انت طالق الا اذا
قالت شئت واحدة باينة فتصير تلك الطلقة باينة لما قلنا وعندهما يقع واحدة
بمشيتها بناء على ان المذهب عند ابي حنيفة انه اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت
نفسها ثلاثا لا يقع شي وعندهما يقع واحدة وسنذكر اصل المسيلة في موضعها ان شا
الله تعالى ٥ ولو قالت شئت واحدة وقال الزوج نويت الثلاث لا يقع بهذه
المشية شي في قولهم جميعا لان المذهب عندهم انه اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا
ان شئت فطلقت نفسها واحدة لا يقع شي لما نذكر في الفصل الذي يليه الا عند
ابي حنيفة قد وقعت طلقة واحدة بقوله انت طالق حال وجوده وان لم تشا
المراة شيا حتى قامت من مجلسها ولا نية للزوج او نوى واحدة فهي واحدة تملك
الرجعة في قول ابي حنيفة لانها اقل وهي متيقن بها وعندهما لا يقع شي وان شاءت

٢ وقال الزوج ذلك نويت فهي واحدة باينة او ثلاث لان الزوج لو لم يكن منه نية فقالت شئت واحدة باينة او ثلاثا صح

بخروج الامر عن يدها ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا فان
علقت بشي موجود بكونها اذا قالت ان كان هذا ليلا او نهارا وان كان هذا ابي او امي
او زوجي ونحو ذلك يقع الطلاق لان هذا التعليق بشرط كاين والتعليق بشرط كاين
تنجيز وان علقت بشي غير موجود فقالت شئت ان شا فلان يخرج الامر من يدها
حتى لا يقع شي وان شا فلان لانه فوض اليها التنجيز وهي اتت بالتعليق والتنجيز
غير التعليق لان التنجيز تطليق والتعليق يمين فلم تات بما فوض اليها ولو قال لها
انت طالق ان شا فلان يتقيد بمجلس علم فلان فان شا في مجلس علمه وقع الطلاق
وكذلك اذا كان غايبا وبلغه الخبر يقتصر على مجلس علمه لان هذا تمليك الطلاق فيتقيد
بالمجلس بخلاف ما اذا قال لها انت طالق ان دخل فلان الدار انه يقع الطلاق اذا وجد
الشرط في اي وقت وجد ولا يتقيد بالمجلس لان ذلك تعليق الطلاق بالشرط والتعليق
لا يتقيد بالمجلس لان معناه ايقاع الطلاق في زمان ما بعد الشرط فيقف الوقوع على
وقت وجود الشرط ففي اي وقت وجد يقع والله اعلم **فصل** واما قوله طلقي
نفسك فهو تمليك عندنا سوا قيده بالمشية او لا ويقتصر على المجلس كقوله انت
طالق ان شئت وعند الشافعي هو توكيل فلا يقتصر على المجلس قيده بالمشية او لم
يقيده **واجمعوا** على ان قوله لاجنبي طلق امراتي توكيل ولا يتقيد بالمجلس وهو
فصل التوكيل وان قيده بالمشية بان قال له طلق امراتي ان شيت فهو تمليك
عند اصحابنا وعند زفر توكيل فوقع الخلاف في موضعين **اما الكلام** مع الامام
الشافعي رضي الله عنه فوجه قوله انه لو اضاف الامر بالتطليق الى الاجنبي ولم
يقيده بالمشية كان توكيلا بالاجماع فكذا اذا اضافه الى المراة ولم يقيده بالمشية
لانه لم يختلف الا الشخص والصيغة لا تختلف باختلاف الشخص وكذا اذا قيد بالمشية
لان التقييد بالمشية والسكوت عنه بمنزلة واحدة لانها تطلق نفسها بمشيتها
واختيارها اذ هي غير مضطرة في ذلك فكان ذكر المشية لغوا فكان ملحقا بالعدم
بقي قوله طلقي نفسك وانه توكيل لما ذكرنا فلا يتقيد بالمجلس كما في الاجنبي **ولنا**
لبيان ان قوله لامراته طلقي نفسك تمليك وجوه ثلاثة احدها ان المتصرف عن ملك
هو الذي يتصرف برايه وتدبيره واختياره والمراة بهذه الصفة فكانت متصرفة
عن ملك فتفويض التطليق اليها تمليكا بخلاف الاجنبي لان ثمه الراي والتدبير
للزوج والاختيار له فكان اضافة الامر اليه توكيلا لا تمليكا والثاني ان المتصرف
عن ملك هو الذي يتصرف لنفسه والمتصرف عن توكيل يتصرف لغيره والمراة عاملة
لنفسها لانها بالتطليق ترفع قيد الغير عن نفسها فكانت متصرفة عن ملك فاما الاجنبي
فانه عامل لغيره لا لنفسه لان منفعة عمله عايدة الى غيره فكان متصرفا عن توكيل وامرا عن
ملك والثالث ان قوله لامراته طلقي نفسك لا يمكن ان يجعل توكيلا لان الانسان

لا يصلح

لا يصلح ان يكون وكيلا في حق نفسه فلم يمكن ان يجعل وكيله في تطليق نفسها ويمكن ان يجعل
مالكة للطلاق بتمليك الزوج فتعين حمله على التمليك بخلاف الاجنبي لانه بالتطليق يتصرف
في حق الغير والانسان يصلح وكيلا في حق غيره والله اعلم والموفق للصواب **واما
الكلام** مع زفر فوجه قوله انه لو اطلق الكلام لكان توكيلا فكذا اذا قيده بالمشية لما
مر ان التقييد فيه والاطلاق على السوا لانه اذا طلق طلق عن مشية لا محالة
لكونه مختارا في التطليق غير مضطر فيه **ولنا** الفرق بين المطلق والمقيد وهو
ان الاجنبي في المطلق يتصرف براي الغير وتدبيره ومشيته فكان توكيلا لا تمليكا
واما في المقيد فانما يتصرف عن راي نفسه وتدبير نفسه ومشيته وهذا معنى المالكية
وهو التصرف عن مشيته وهذا فرق واضح رحمه الله تعالى **واما قوله** التقييد
بالمشية وعدمه سوا لانه متى ما طلق طلق عن مشيته ممنوع انهما سوا وانه متى طلق
طلق عن مشية فان المشية تذكر ويراد بها اختيار الفعل وتركه وهو المعنى الذي
ينفي الغلبة والاضطرار وهو المعنى بقولنا المعاصي بمشيه الله تعالى بتولي تخليق
افعال العباد والله تعالى غير مغلوب ولا مضطر في فعله وهو التخليق بل هو مختار وتذكر
ويراد بها اختيار
[illegible]
[illegible] الايثار يقال
ان شيت فعلت كذا وان شيت لم افعل اي ان شيت اثرت الفعل على الترك وان شيت
اثرت الترك على الفعل وهو المعنى من قولنا المكره ليس بمختار المراد من المشية المذكورة
هاهنا هو اختيار الايثار لا اختيار الفعل وتركه لانا لو حملناه عليه للغا كلامه ولو
حملناه على اختيار الايثار لم يلغ وصيانة كلام العاقل عن اللغو واجب عند الامكان
واختيار الايثار في التمليك لا في التوكيل لما ذكرنا ان الوكيل يعمل عن راي الموكل
وتدبيره وانما يستغنى منه العبارة فقط فكان الايثار من الموكل لا من الوكيل
واما المالك فانما يعمل براي نفسه وتدبيره وايثاره لا بالملك فكان التقييد بالمشية
مفيدا والاصل ان التوكيل لغة هو الانابة والتفويض التسليم بالكلية لذلك سمى
مشايخنا رحمهم الله الاول توكيلا والثاني تفويضا واذا ثبت ان المقيد بالمشية تمليك
والمطلق توكيل فالتمليك يقتصر على المجلس لما ذكرنا ان المالك انما يملك بشرط الجواب
في المجلس لانه انما يملك بالخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس
ولا يملك نهيه عنه لما مر والتوكيل لا يقتصر على المجلس لان الوكيل لا يمكنه القيام بما وكل
بتحصيله في المجلس ظاهرا وغالبا لان التوكيل في الغالب يكون بشي لا يحضره الموكل ويفعل في
حال غيبته لانه اذا كان حاضرا استغنى بعبارة نفسه عن استعمال عبارة غيره فلم تتقيد
التوكيل بالمجلس لخلاء عن العاقبة الحميدة فيكون سفها ويملك نهيه عنه لانه وكله فيملك
عزله ولو اراد بقوله طلقي نفسك ثلاثا فقد صار الثلاث بيدها لان معنى قوله اياها

طلقي اي حصلي طلاقا والمصدر يحتمل الخصوص والعموم لانه اسم جنس فاذا نوى به
الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولو اراد به التثنية لا يصح لان لفظ المصدر
لفظ وحدان والاثنان عدد ولا توحد فيه اصلا على ما بينا فيما تقدم وان لم يكن له نية
ينصرف الى الواحد لانه متيقن به ولان الامر المطلق بالفعل ينصرف الى ما هو المقصود
من ذلك الفعل في المتعارف الا ترى ان من قال لغلامه اسق هذه الارض وكانت الارض في الشاهد
لا تصلح للزراعة الا بثلاث مرات صار مامورا به وان كانت تصلح بالسقي مرة واحدة
صار مامورا به ومن قال لغلامه اضرب هذا الذي استخف بي ينصرف الى ضرب
يقع به التاديب عادة ويحصل به المقصود وهو الانزجار ومن اصابت ثوبه نجاسة
فقال لجاريته اغسليه لا يتقيد بمرة الا انه يحصل به المقصود وهو طهارة الثوب
دل ان الامر المطلق في الشاهد ينصرف الى ما هو المقصود من الفعل في المتعارف
والعرف والمقصود من قوله لامراته طلقي نفسك مختلف فقد يقصد به الطلاق المبطل
للملك وقد يقصد به الطلاق المبطل للحل المحلل بسد الباب التدارك فاي ذلك
نوى انصرف اليه ثم اذا صحت نية الثلاث فان طلقت نفسها ثلاثا او اثنتين او
واحدة وقع لان الزوج ملكها الثلاث ومالك الثلاث له ان يوقع الثلاث او الواحدة
او الثنتين كالزوج سوى الخلاف ما اذا قال لها انت طالق ان شئت او اردت او هويت
او رضيت او اذا شئت او متى شئت او متى ما شئت او حيث شئت او اين شئت ونحو ذلك
ونوى الثلاث انه لا يصح لما مر ان قوله انت طالق صفة للمراة وانما يثبت الطلاق
اقتضاء ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا ولا ضرورة في قبول نية الثلاث
فلا يثبت في حقه ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فهي واحدة
في قولهم جميعا لان الزوج ملكها الثلاث ومالك الثلاث اذا اوقع واحدة يقع
كالزوج وهذا لانه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة لانها بعض الثلاث وبعض
المملوك يكون مملوكا ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقع واحدة وجه قولهما انها اتت
بما فوض الزوج اليها وزادت على القدر المفوض فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة
كما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة انه
يقع واحدة وتلغو الزيادة كذا هذا وكذا لو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي
يقع واحدة رجعية وتلغو صفة البينونة كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله وجوه من
الفقه احدها انه لو وقعت الواحدة اما ان تقع بطريق الاصالة مقصودا او
ضمنا وضرورة وقوع الثلاث لا سبيل الى الاول لانه لم يوجد ايقاع الواحد
بطريق الاصالة لانعدام لفظ الواحدة ووجود لفظ اخر وكذا لم يوجد وقت
وقوع الواحدة بطريق الاصالة لان ذلك عند قولها نفسي وسكوتها عليه ووقت

وقوعها

بملكه

وقوعها مع الثلاث عند قولها ثلاثا ولا وجه للثاني لانها لا تملك الثلاث اذ الزوج لم
يملكها الثلاث فلا تملك ايقاع الثلاث فلا يقع الثلاث فلا تقع الواحدة ضمنا لوقوع الثلاث
فتعذر القول بالوقوع اصلا بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها
واحدة لان هناك ملكها الثلاث ومالك ايقاع الثلاث يملك ايقاع الواحدة لان   فملكت ايقاع الثلاث صح
بعض المملوك مملوك وههنا بخلافه لما بينا وبخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة
فقالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة لان ثم وقعت الواحدة بطريق الاصالة
لوجود لفظ الواحدة ووقت وقوعها بطريق الاصالة فوقعت واحدة بطريق الاصالة
ثم اشتغلت بغيرها وهو غير مملوك لها فلغا وبخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك
فقالت قد ابنت نفسي لان هناك اوقعت ما فوض اليها بطريق الاصالة لان الابانة
من الفاظ الطلاق لغة على ما نذكر الا انها زادت على القدر المفوض صفة البينونة
فلغت وبقي اصل الطلاق والثاني ان المراة بقولها طلقت نفسي ثلاثا اعرضت   بلغ
عما فوض الزوج اليها فيبطل التفويض ويخرج الامر من يدها كما اذا اشتغلت بكلام اخر
او قامت عن مجلسها ودلالة انها اعرضت عما فوض اليها انه فوض اليها الواحدة وهي
اتت بالثلاث والواحدة من الثلاث ان لم تكن غير الثلاث ولا الثلاث غير الواحدة
ذاتا لان الواحدة منها والشيء لا يكون غير نفسه لكنها غير الواحدة لفظا وحكما ووقت
وقوعها اما اللفظ فان لفظ الواحدة غير لفظ الثلاث وكذا حكمها غير حكم الثلاث
واما الوقت فان وقت وقوع الواحدة غير وقت وقوع الثلاث لان الواحدة
تقع عند قولها طلقت نفسي والثلاث تقع عند قولها ثلاثا لما ذكرنا فيما تقدم ان المعتد
هو الواقع على معنى انه متى اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق قبل ذكر العدد
ويتوقف الكلام على اخره فصارت المراة باشتغالها بذكر الثلاث لفظا معرضة   اولا
عن الواحدة لفظا وحكما ووقت وقوع الطلاق فيصير ردها مشتغلة بغير ما ملكت
تاركة للمملوك والاشتغال بغير المملوك دليل الاعراض عما ملكت والاعراض عما ملكت
يوجب بطلان التمليك وخروج الامر عن يدها بخلاف ما اذا قال لها طلقي ثلاثا فطلقت   نفسك صح
نفسها واحدة لان هناك ما اعرضت عما فوض اليها لانه فوض اليها الثلاث وتفويض الثلاث
تفويض الواحدة لان التفويض تمليك وتمليك الثلاث تمليك الواحدة لانها من اجزاء
الثلاث وجزء المملوك مملوك فلم تصر باشتغالها بالواحدة مشتغلة بغير ما ملكت
ولا تاركة للمملوك فاما تمليك الجزء فلا يكون تمليك الكل فافترقا والثالث ان الزوج
لم يملكها الا الواحدة المفردة فلم تات بما ملكها الزوج فلا يقع شيء كما لو قال لها   وما اتت بالواحدة المفردة صح
طلقي نفسك فاعتقت عبده ولا شك ان الزوج لم يملكها الا الواحدة المفردة لانه
نص على التوحد والتوحد ينبئ على التفرد في اللغة فكان المفوض اليها طلقة واحدة
منفردة عن غيرها فهي وان اتت بالواحدة بانيانها بالثلاث فما اتت بالواحدة

المنفردة لانها اتت بثلاث مجتمعة والثلاث المجتمعة لا يوجد فيها واحدة منفردة لما فيه
من الاستحالة لتضاد بين الاجتماع والافتراق فلم تات بما فوض اليها فلا يقع شي بخلاف ما اذا قال
لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لانها هناك اتت بما فوض اليها لكنها زادت على
القدر المفوض لانه فوض اليها الثلاث مطلقا عن صفة الاجتماع والافتراق الا ترى
انها لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة وقعت كما لو طلقت نفسها ثلاثا مجتمعة ولو كان
المفوض اليها الثلاث المجتمعة لما ملكت ايقاع الثلاث المتفرقة واذا صارت الثلاث
مطلقا مملوكة لها مجتمعة كانت او منفردة صارت كل واحدة من الثلاث مملوكة لها
منفردة كانت او مجتمعة فاذا طلقت نفسها واحدة فقد اتت بالمملوك ضرورة وهو
الجواب عما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة
انه يقع واحدة لانها اتت بالمفوض وزيادة فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة وهاهنا
ما اتت بالمفوض اليها اصلا ورأسا فتلغو الفرق ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك
فقالت ابنت نفسي لان هناك ايضا اتت بالمفوض اليها وزيادة لان الزوج فوض اليها
اصل الطلاق وهي اتت بالاصل والوصف لان الابانة من الفاظ الطلاق على ما نذكر
فلغا الوصف وهو وصف البينونة وبقي الاصل وهو صريح الطلاق فتقع واحدة رجعية
وذكر العثوري عن ابي يوسف في هذه المسئلة ان قياس قول ابي حنيفة ان لا يقع شي
وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا اذا قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت
نفسها ثلاثا ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة او ثنتين
لا يقع شي في قولهم جميعا لانه ملكها الثلاث بشرط مشيتها الثلاث فاذا شاءت ما دون
الثلاث لم تملك الثلاث لوجود بعض شرط الملك والحكم المعلق بشرط لا يثبت عند وجود
بعض الشرط ولو قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة
وثنتين وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تطلق
نفسها ثلاثا ان شاءت وجه قولهما ان كلمة من في مثل هذا الموضع تذكر لبيان
الجنس فان من قال لغيره كل من هذا الرغيف ما شئت كان له ان ياكل كل الرغيف ولابي
حنيفة ان كلمة ما كلمة عامة وكلمة من للتبعيض حقيقة فلا بد من اعتبار المعنيين جميعا
وذلك في ان يعتبر المفوض اليها من الثلاث بعضا له عموم وذلك اثنان فتملك ما فوض
اليها وهو الثنتان وفي مسئلة الرغيف صرفت كلمة من عن حقيقتها الى الجنس بدلالة الحال
وهو ان الاصل في الطعام هو السماح دون الشح خصوصا في حق من قدم اليه ولو قال لها
طلقي نفسك ان شئت فقالت شئت لا يقع الطلاق ولو قال لها انت طالق ان شئت يقع
لان في الفصل الاول امرها بالتطليق ولم تطلق لا يقع ومشيئة التطليق لا يكون تطليقا
وفي الفصل الثاني علق طلاقها بمشيتها وقد شاءت ولو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت
نفسي طلقت واحدة يملك الرجعة وان قالت اخترت نفسي لم تطلق ووجه الفرق

ان قولها

ان قولها ابنت من الفاظ الطلاق لان الابانة قطع الوصلة لغة والطلاق رفع القيد لغة الا
ان عمل صريح الطلاق يتاخر شرعا في المدخول بها الى ما بعد انقضاء العدة فكان بين اللفظين موافقة
من حيث الاصل فاذا قالت ابنت نفسي فقد اتت بالاصل وزادت صفة البينونة فتلغو الصفة ويبقى
الاصل بخلاف قولها اخترت لان الاختيار ليس من الفاظ الطلاق لغة بدليل انه لو قال
لامرأته اخترتك او قال اخترت نفسي لا يقع الطلاق وكذا اذا قالت المرأة طلقت نفسي او ابنت
نفسي وقف على اجازة الزوج ولو قالت اخترت نفسي لا يقف على اجازته بل يبطل الا انه
جعل من الفاظ الطلاق شرعا بالنص واجماع الصحابة رضي الله عنهم عند خروجه جوابا للتخيير
وما في معناه وهو الامر باليد فلا يكون جوابا في غيره فيلغو وحكى القدوري قول ابي يوسف
فقال رحمه الله قال ابو يوسف رحمه الله اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي لا يقع شي
على قياس قول ابي حنيفة ووقع عندهما تطليقة رجعية كانها قالت ابنت نفسي بتطليقة ولم يذكر
خلاف ابي حنيفة في الجامع الصغير ووجه الفرق له بين هذه المسئلة بين قوله طلقي نفسك
واحدة على ما بينا ولو قال لها طلقي نفسك تطليقة بائنة فطلقت رجعية يقع ما امر به الزوج
رجعية فطلقت نفسها واحدة بائنة او قال لها طلقي نفسك تطليقة صح
لا ما اتت به لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج فتملك ما ملكها الزوج وما اتت به موافق
لما ملكها الزوج من حيث الاصل لان كل واحد منهما من الفاظ الطلاق وانما يخالفه من حيث
الوصف فاذا وقع الاصل استتبع الوصف المملك عليه فيتبع ما فوض اليها والله الموفق للصواب
فصل واما الرسالة فهي ان يبعث الزوج طلاق امرأته على يد انسان فيذهب الرسول اليها
الفائتة صح
ويبلغها الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق لان الرسول ينقل كلام المرسل فكان كلامه
ككلام المرسل والله الموفق ومنها عدم الشك من الزوج في الطلاق وهو شرط الحكم بوقوع
الطلاق حتى لو شك فيه لا يحكم بوقوعه حتى لا يجب عليه ان يعتزل امرأته لان النكاح كان ثابتا
بيقين ووقع الشك في زواله بالطلاق فلا يحكم بزواله بالشك كحيوة المفقود انها كانت ثابتة بيقين
ووقع الشك في زوالها لا يحكم بزوالها بالشك حتى لا يورث ماله ولا يرث هو ايضا من اقاربه
والاصل في نفي اتباع الشك قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله صلى الله عليه وسلم لما سئل
عن الرجل يخيل اليه انه يجد الشيء في الصلاة لا ينصرف حتى يسمع صوتا او يجد ريحا اعتبر اليقين
والغى الشك ثم شك الزوج لا يخلو اما ان وقع في اصل التطليق اطلقها ام لا واما ان وقع في
عدد الطلاق وقدره انه طلقها واحدة او اثنتين او ثلاثا او في صفة الطلاق انه طلقها
رجعية او بائنة فان وقع في اصل الطلاق لا يحكم بوقوعه لما قلنا وان وقع في القدر يحكم بالاقل
لانه متيقن به وفي الزيادة شك وان وقع في وصفه يحكم بالرجعية لانها اضعف الطلاقين
فكانت متيقنا بها فصل واما الذي يرجع الى المرأة فمنها الملك او علقة من علائقه
فلا يصح الطلاق الا في الملك او في علقة من علائق الملك وهي عدة الطلاق او مضافا الى الملك
وجملة الكلام فيه ان الطلاق لا يخلو اما ان يكون تنجيزا واما ان يكون تعليقا بشرط واما
ان يكون اضافة الى وقت اما التنجيز في غير الملك والعدة فباطل بان قال لامرأة اجنبية

انت طالق او طلقتك لان الطلاق ابطال الحل او دفع القيد ولا حل ولا قيد فى الاجنبية فلا يتصور
ابطاله و دفعه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وان كانت منكوحة الغير
وقف على اجازته عندنا خلافا للشافعى والمسئلة مرت فى كتاب البيوع واما المتعلق بشرط — وهذا من مسائل البيوع نسخه
فنوعان تعليق فى الملك وتعليق بالملك والتعليق فى الملك نوعان حقيقى وحكمى اما الحقيقى
فنحو ان يقول لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق او ان كلمت فلانا او ان قدم فلان ونحو
ذلك وانه صحيح بلا خلاف لان الملك موجود فى الحال فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط
فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ما هو المقصود من اليمين وهو التقوى على
الامتناع من تحصيل الشرط فصحت اليمين ثم اذا وجد الشرط والمرأة فى ملكه او فى العدة يقع
الطلاق والا فلا يقع الطلاق ولكن تنحل اليمين لا الى جزاء حتى انه لو قال لامرأته ان دخلت
هذه الدار فانت طالق فدخلت الدار وهى فى ملكه طلقت وكذا اذا ابانها قبل دخول الدار
فدخلت الدار وهى فى العدة عندنا لان المبانة يلحقها صريح الطلاق عندنا وان ابانها قبل
دخول الدار وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لا يقع الطلاق لعدم الملك والعدة
ولكن تبطل اليمين حتى لو تزوجها ثانيا ودخلت الدار لا يقع شىء لان المعلق بالشرط
يصير عند الشرط كالمنجز والتنجيز فى غير الملك والعدة باطل فان قيل اليس ان الصحيح
اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم جن فدخلت الدار انه يقع طلاقه ولو نجز
فى تلك الحال لا يقع فالجواب من وجهين احدهما ان التطليق كلامه السابق عند الشرط
فتعتبر الاهلية وقت وجوده وقد وجدت والثانى انا انما اعتبرناه تنجيزا حكما وتقديرا
والمجنون من اهل ان يقع الطلاق على امرأته بطريق الحكم فان العنين اذا اجل فمضت المدة
وقد جن يفرق القاضى بينهما ويكون ذلك طلاقا فاطرد الكلام بحمد الله تعالى ولو ابانها
قبل دخول الدار ولم تدخل الدار حتى تزوجها ثم دخلت الدار يقع الطلاق لان اليمين لم تبطل
بالابانة لانه يتصور عود الملك فما فات الجزاء على وجه لا يتصور عوده ولو قال لامرأته
ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها واحدة او ثنتين قبل دخول الدار فتزوجت
بزوج اخر ودخل بها ثم عادت الى الزوج الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا فى قول ابى حنيفة
وابى يوسف وعند محمد هى طالق ما بقى من الطلقات الثلاث واصل هذه المسئلة ان — نسخه
من طلق امرأته واحدة او ثنتين ثم تزوجت بزوج اخر ودخل بها وعادت الى الاول انها
تعود اليه بثلاث تطليقات فى قولهما وفى قول محمد تعود بما بقى وهو قول زفر ولقب
المسئلة ان الزوج الثانى هل يهدم الطلقة والطلقتين عندهما يهدم وعند محمد لا يهدم
والمسئلة مختلفة بين الصحابة روى عن على وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله
ابن عمر رضى الله عنهم مثل مذهب ابى حنيفة وابى يوسف وروى عن عمر وابى بن كعب وعمران
ابن حصين مثل مذهب محمد واحتجا بقوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل — م وزفر صح
له من بعد حتى تنكح زوجا غيره حرم المطلقة الثلاث مطلقا من غير فصل بينما اذا تخللت

اصابة الزوج الثانى الطلقات الثلاث وبينما اذا لم يتخللها وهذه مطلقة الثلاث حقيقة
لان هذه طلقة قد سبقها طلقتان حقيقة والطلقة الثالثة هى الطلقة التى سبقتها
طلقتان فدخلت تحت النص ولان الزوج الثانى جعل فى الشرع منهيا للحرمة لقوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وحتى كلمة غاية وغاية الحرمة لا يتصور
قبل وجود الحرمة والحرمة لم تثبت قبل الطلقات الثلاث فلم يكن الزوج الثانى منهيا
للحرمة فيلحق بالعدم ولابى حنيفة وابى يوسف النصوص والمعقول اما النصوص
فالعمومات الواردة فى باب النكاح من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى
وانكحوا الايامى منكم وقول النبى صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق
يهتز له عرش الرحمن فهذه النصوص وامثالها تقتضى جواز النكاح من غير فصل بين
ان يكون المرأة مطلقة اولا وبين ان يكون مطلقة ثلاثا تخللها اصابة الزوج الثانى اولا
الا ان المطلقة الثلاث التى لم يتخللها اصابة الزوج الثانى خصت عن النصوص فما بقى
وراءها تحتها واما المعقول فمن وجهين احدهما ان النكاح مندوب اليه ومسنون
وعقد مصلحة لتضمنه مصالح الدين والدنيا فلا يجوز ان يمنع عنه لانه يؤدى الى
التناقض لان قطع المصلحة مفسدة والشريعة منزهة عن التناقض الا انه قد يخرج من ان — يكون صح
مصلحة لمخالفة الاخلاق ومباينة الطباع او غير ذلك من المعانى ويقع اليأس عن استيفاء
المصالح من هذه المرأة فشرع الطلاق لاستيفاء المصالح المطلوبة من النكاح من زوجة
اخرى الا ان خروج النكاح من ان يكون مصلحة لا يعرف الا بالتأمل والتجربة ولهذا فوض
الطلاق الى الزوج لاختصاصه بكمال الرأى والعقل ليتأمل فاذا طلقها ثلاثا على ظن
المخالفة ثم مال قلبه اليها حتى تزوجها بعد اصابة الزوج الثانى الذى هو فى غاية التنافر فى
طباع الفحل ونهاية المنع دل ان طريق الموافقة بينهما قائم وانه اخطأ فى التجربة وقصر
فى التأمل فبقى النكاح مصلحة لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز القول بحرمته كما فى ابتداء
النكاح بل اولى لان ثمه لم يوجد الا دليل اصل الموافقة وههنا وجد دليل كمال الموافقة
وهو الميل اليها مع وجود ما هو النهاية فى النفرة ثم لما حل نكاحها فى الابتداء لتحقق المقاصد
فبعد اصابة الزوج الثانى اولى وهذا المعنى لا يوجب التفرقة بين اصابة الزوج الثانى بعد
الطلقات الثلاث وبين ما قبلها فورود الشرع بجواز النكاح ثمه يكون ورودا ههنا دلالة
والثانى ان الحل بعد اصابة الزوج الثانى وطلاقه اياها وانقضاء عدتها حل جديد
والحل الجديد لا يزول الا بثلاث طلقات كما فى ابتداء النكاح والدليل على ان هذا حل جديد
ان الحل الاول قد زال حقيقة لانه عرض لا يتصور بقاؤه الا انه اذا لم يتخلل بين الحلين حرمة
يجعل كالدائم بتجدد امثاله فيكون كشىء واحد فاذا تخلل بين الحلين حرمة لا يمكن جعله كشىء — واحد صح
فكان زائلا حقيقة وتقديرا فكان الثانى حلا جديدا والطلاق فى الحل الاول وقد ذهب
ذلك الحل مع الطلاق الموجود فيه وانعدم فكان هذا حلا جديدا والحل الثانى الجديد

لا يزول الا بثلاث تطليقات كما في ابتدآء النكاح واما قوله تعالى فان طلقها فنقول هذه
الاية تتناول طلقة ثالثة مسبوقة بطلقتين بلا فصل لان الفآء للتعقيب بلا فصل
واصابة الزوج الثانى ههنا فاصلة فلا يتناولها النص او نحمل الاية على ما اذا لم يدخل بها
الزوج الثانى حتى طلقها وتزوجها الاول وطلقها واحدة توفيقا بين الدلائل واما قوله
بان الشرع جعل اصابة الزوج الثانى غاية للحرمة فنقول كون الاصابة غاية للحرمة يقتضى
انتهآء الحرمة عند الاصابة وقد بينا انه يثبت حل جديد بعد الاصابة ولو قال لامرأته ان
دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا قبل دخول الدار وتزوجت بزوج اخر ودخل بها
ثم عادت الى الاول فدخلت الدار لا يقع عليها شئ عند علمائنا الثلاثة وعند زفر يقع عليها ثلاث
تطليقات وجه قوله ان المعلق طلقات مطلقة لا مقيدة بالحل القائم لان الحالف اطلق وما قيد
والحل القائم ان بطل بالتنجيز فقد وجد حل اخر فكان التعليق باقيا وقد وجد الملك عند وجود
الشرط فينزل المعلق كما اذا قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها
ثلاثا قبل الدخول يبقى تعليق الظهار بالدخول حتى لو تزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول فدخلت
الدار يصير مظاهرا لما ذكرنا كذا هذا ولنا ان المعلق طلقات الحل القائم للحال وقد بطل على
وجه لا يتصور عوده فلا يتصور الطلاق المبطل للحل القائم عند وجود الشرط فيبطل اليمين
كما اذا صار الشرط بحال لا يتصور عوده بان جعل الدار بستانا او حماما والدليل على ان
المعلق طلقات هذا الحل ان المعلق طلاق مانع من تحصيل الشرط لان الغرض من مثل هذه اليمين
التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط والمنع لا يحصل الا بكونه غالب الوجود عند وجود الشرط
وذلك هو الحل القائم للحال لانه موجود للحال فالظاهر بقاؤه فيصلح مانعا والذى يحدث
بعد اصابة الزوج الثانى عدم للحال فالظاهر بقاؤه على العدم فكان غالب العدم عند وجود
الشرط فلا يصلح طلاقه مانعا فلا يكون معلقا بالشرط فلا ينزل عند الشرط ما لا يكون معلقا به
واما قوله الحالف اطلق فنعم لكنه اراد به المقيد عرفنا ذلك بدلالة الغرض المطلوب من التصرف
وهو التقوى على الامتناع وذلك لا يحصل الا بطلقات هذا الحل فيتقيد بها واما مسئلة الظهار
ففيها اختلاف الرواية روى ابو طاهر الدباس عن اصحابنا انه يبطل الظهار بتنجيز الثلاث
فلا يصير مظاهرا عند دخول الدار ثم ما ذكرنا من اعتبار الملك او العدة لوقوع الطلاق
في التعليق في الملك بشرط واحد فان كان بشرطين هل يشترط قيام الملك او العدة عند وجود
الشرطين جميعا قال اصحابنا الثلثة لا يشترط بل الشرط قيام الملك او العدة عند وجود اخر
الشرطين وقال زفر يشترط قيام الملك عند وجود الشرطين وصورة المسئلة اذا قال
لامرأته ان كلمت زيدا وعمرا فانت طالق فطلقها وانقضت عدتها فكلمت عمرا طلقت عندنا
وعند زفر لا تطلق وان كان الكلام الاول في الملك والثانى في غير الملك بان كلمت زيدا وهي في
ملكه ثم طلقها وانقضت عدتها ثم كلمت عمرا لا يقع الطلاق بالاتفاق وجه قول زفر ان الحالف
جعل كلام زيد وعمرو جميعا شرطا لوقوع الطلاق ووجود جميع الشرط شرط لنزول الجزاء الا ترى

أما لا ينفي ثبوت الحل بعد الاصابة صح

فكلمت زيدا ثم تزوجها صح

الها

الها اذا كلمت احدهما دون الاخر لا يقع الطلاق فكذا اذا كلمت احدهما في غير الملك لان ما وجد في غير
الملك فذلك ملحق بالعدم كما اذا وجد الشرطان جميعا في غير الملك ولنا ان الملك عند وجود
الشرط يشترط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء هو وقت وجود الشرط الاخير فيشترط قيام
الملك عنده لا غير وهذا لان الملك انما يشترط اما لصحة التعليق او لثبوت الحكم وهو نزول المعلق
والملك قائم في الوقتين جميعا فاما وقت وجود الشرط الاول فليس وقت التعليق ولا وقت نزول
الجزاء فلا معنى لاشتراط الملك عنده ونظير هذا الاختلاف في كتاب الزكوة ان شرط وجوب
الزكوة كمال النصاب في طرفي الحول ونقصانه في اثنآء الحول لا يمنع الوجوب عندنا وعنده يشترط
الكمال في اول الحول الى اخره ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ان كلمت فلانا يشترط قيام
الملك عند وجود الشرط الاول وهو الدخول لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين كانه قال لها
عند الدخول ان كلمت فلانا فانت طالق واليمين لا ينعقد الا في الملك او مضافة الى الملك فان كانت
في ملكه عند دخول الدار صحت اليمين المتعلقة بالشرط وهو الكلام فاذا كلمت يقع الطلاق وان لم يكن
في ملكه عند الدخول بان طلقها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لم يصح التعليق لعدم الملك والعدة
فلا يقع الطلاق وان كلمت فان كان طلقها بعد الدخول بها قبل دخول الدار ثم دخلت الدار وهي في العدة
طلقت ثم كلمت فلانا وهي في العدة طلقت لان المعتدة يلحقها صريح الطلاق تنجيزا فيصح تعليق
طلاقها ايضا في حال قيام العدة كالزوجة واذا صح التعليق ووجد شرطه في الملك او في العدة
ينزل المعلق ولو قال لامرأته انت طالق ان شئت فهذا وقوله انت طالق ان دخلت الدار او ان
كلمت فلانا سوآء من حيث انه يقف وقوع الطلاق على مشيتها كما يقف على دخولها وكلاهما الا ان
ذلك تعليق بالشرط وهذا تمليك كقوله امرك بيدك واختارى ولهذا اقتصر على المجلس ولو حلف
لا يحلف لا يحنث به لان الحلف بما سوى الله تعالى شرط وجزاء ومشيتها ليست بشرط لان شرط
الطلاق ما جعل علما على الطلاق وهو ما يكون دليلا على الطلاق من غير ان يكون وجود الطلاق
به لان ذلك يكون علة لا شرطا ومشيتها يتعلق بها وجود الطلاق بل هي تطليق منها وكذلك
مشيته بان قال لها انت طالق ان شئت انا الا ترى انه اذا قال لامرأته شئت طلاقك طلقت
كما اذا قال طلقتك فان قيل اليس انه اذا قال لامرأته انت طالق ان طلقتك كان معلقا للطلاق
بشرط التطليق حتى لو طلقها يقع المنجز ثم ينزل المعلق والتعليق مما يحصل به الطلاق ومع هذا
صلح شرطا فالجواب ان التنجيز يحصل به الطلاق المنجز لا الطلاق المعلق بل الطلاق المعلق
يحصل بغيره فكان التنجيز في حق الطلاق المعلق علما محضا فكان شرطا وكذلك اذا قال لها انت
طالق ان هويت او اردت او احببت او رضيت فهو مثل قوله ان شئت ويتعلق الطلاق
بالخبر عن هذه الاشياء لا بحقايقها والاصل انه متى علق الطلاق بشئ لا يوقف عليه الا من
جهتها يتعلق باخبارها عنه ومتى علق بشئ يوقف عليه من جهة غيرها لا يقبل قولها الا ببينة
وعلى هذا مسائل اذا قال لها ان كنت تحبيني او تبغضيني فانت طالق فقالت احب او ابغض
يقع الطلاق استحسانا والقياس ان لا يقع وجه القياس انه علق الطلاق بشرط لا يعلم وجوده

او لثبوت الحكم صح

فاشبه التعليق بمشيئة الله تعالى وجه الاستحسان انه علقه بامر لا يوقف عليه الا من جهتها
فيتعلق باخبارها عنه كانه قال لها ان اخبرتني عن محبتك او بغضك اياي فانت طالق ولو نص
على ذلك لتعلق بنفس الاخبار كذا هنا وعلى هذا قالوا اذا قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله
بالنار او ان كنت تكرهين الجنة فانت طالق فقالت احب النار او اكره الجنة وقع الطلاق لما قلنا
ولو قال ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك بقلبي وفي قلبها غيره لك يقع الطلاق
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقع وجه قوله انه لما قيد المحبة بالقلب فقد علق
الطلاق بحقيقة المحبة لا بالمخبر عنها فاذا لم يكن في قلبها محبة لم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق
ولهما ان المحبة عمل القلب لا عمل اللسان فكان التقييد باللسان وعدم التقييد سواء ولو لم يقيد
لتعلق بالاخبار دون حقيقة المحبة كذا اذا قيد وذكر القدوري الخلاف في الفصل الاول ايضا
وقال في قول محمد لا يقع الطلاق لانها كاذبة في اخبارها بيقين اذ العاقل لا يحب النار ولا يكره
الجنة فلم يوجد الشرط ولهما ان المحبة والكراهة لما كانتا من الامور الباطنة التي لا يوقف عليها
الا من جهتها تعلق الطلاق بنفس الاخبار عنهما دون الحقيقة وقد وجد وعلى هذا اذا قال لها
اذا حضت فانت طالق فقالت حضت طلقت حين رأت الدم واستمر الى ثلثة ايام لان الحيض
لا يوقف عليه الا من قبلها فيقبل قولها في ذلك واذا استمر الدم الى ثلاثة ايام تبين ان ما رأت
كان حيضا من حين وجوده فوقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت
طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر لان الحيض اسم للكامل الا ترى الى قول النبي صلى الله
عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة
ويقع على الكامل حتى يقدر الاستبراء به وكمالها بانقضائها وذلك باتصال جزء من الطهر
بها فكان هذا في التحقيق تعليق الطلاق بالطهر ونظيره اذا قال ان صمت صوما فانت طالق
وقع على صوم كل اليوم وذلك بدخول اول جزء من الليل فكانه علق الطلاق بدخول الليل
كذا هنا وكذا اذا قال لها اذا حضت نصف حيضة فانت طالق لا تطلق ما لم تحض وتطهر
لان نصف حيضة حيضة كاملة فكانه قال اذا حضت حيضة وكذا اذا قال انت طالق اذا
حضت سدس حيضة او ثلث حيضة لما قلنا وكذا اذا قال اذا حضت نصف حيضة فانت
طالق واذا حضت نصفها الاخر فانت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر فاذا حاضت
وطهرت يقع تطليقتان لانه علق طلقة بنصف حيضة ونصف حيضة كاملة وعلق طلقة
اخرى بنصف تلك الحيضة بعينها وهي حيضة كاملة فكان هذا تعليق طلاقين بحيضة واحدة
كاملة وكمالها بانقضائها واتصال الطهر بها فاذا اتصل الطهر بها طلقت تطليقتين ولو قال
لها انت طالق في حيضك او مع حيضك تحين ما رأت الدم تطلق بشرط ان يستمر بها الدم
ثلاثة ايام لان كلمة في للظرف والحيض لا يصلح ظرفا للطلاق فيجعل شرطا فصار كانه قال
انت طالق اذا حضت وكلمة مع للمقارنة فيقتضي كون الطلاق مقارنا لحيضها فاذا رأت الدم
ثلاثة ايام تبين ان المرئي كان حيضا من حين وجوده فيقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال انت

طالق

115

طالق في حيضتك او مع حيضتك فما لم تحض وتطهر لا تطلق لان الحيضة اسم للكامل وذلك
باتصال الطهر بها ولو كانت حائضا في هذه الفصول كلها لا يقع الطلاق ما لم تطهر من
هذه الحيضة وتحيض مرة اخرى لانه جعل الحيض شرطا لوقوع الطلاق والشرط ما يكون
معدوما على خطر الوجود وهو الحيض الذي يستقبل لا الموجود في الحال فكان هذا تعليق
الطلاق بحيض مبتداء ولو قال لها اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت حضت
ان صدقها الزوج يقع الطلاق عليهما جميعا وان كذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على
صاحبتها لانها امينة في حق نفسها لا في حق غيرها فيثبت حيضها بقولها في حقها لا في حق
صاحبتها ويجوز ان يكون الكلام الواحد مقبولا في حق شخص غير مقبول في حق شخص آخر
كما يجوز ان يكون مقبولا وغير مقبول في حق حكمين مختلفين كشهادة الرجال مع النساء
اذا قامت على السرقة انها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع واذا قال اذا حضت
فامرأتي الاخرى طالق وعبدي حر فقالت قد حضت يقع الطلاق والعتاق اذا صدقها
الزوج وان كذبها لا يقع لما ذكرنا ان اقرارها على غيرها غير مقبول لانه بمنزلة الشهادة
على الغير ولو قال اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها
الزوج او يشهد على الولادة رجلان او رجل وامرأتان في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يقع الطلاق اذا شهدت القابلة على الولادة وجه قولهما ان ولادتها قد تثبت
بشهادة القابلة لكون النكاح قائما والولادة تثبت بشهادة القابلة حال قيام النكاح بالاجماع
ومتى تثبت الولادة يثبت ما تعلق بها وهو الطلاق وجه قول ابي حنيفة ان هذه شهادة
ضرورية لانها شهادة فرد وهو انثى الا انها قبلت حال قيام النكاح في تعيين الولد وفيما هو
من لوازمه وهو النسب لمكان الضرورة والطلاق ليس من لوازم الولادة فلا يثبت الولادة
في حق الطلاق بهذه الشهادة ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق او ان كلمت فلانا فانت طالق
فقالت دخلت او كلمت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج او يشهد على ذلك رجلان
او رجل وامرأتان بالاجماع لان قولها دخلت او كلمت اقرار على الغير وهو الزوج بابطال
حقه فكان شهادة على الغير فلا تقبل ولو قال لامرأتيه اذا حضتما حيضة فانتما طالقان او قال
اذا حضتما فانتما طالقان الاصل في جنس هذه المسائل ان الزوج متى اضاف الشيء الواحد الى
امرأتين وجعل وجوده شرطا لوقوع الطلاق عليهما ينظر ان كان يستحيل وجود ذلك الشيء منهما
كان شرط وقوع الطلاق عليهما وجوده من احدهما وان كان لا يستحيل وجوده منهما يشترط وجوده
منهما جميعا لوقوع الطلاق عليهما لان كلام العاقل يجب تصحيحه ما امكن ان امكن تصحيحه بطريق
الحقيقة يصحح بطريق الحقيقة وان لم يمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق المجاز اذا عرف هذا فنقول اذا قال
لامرأتين له اذا حضتما حيضة فانتما طالقان واذا ولدتما ولدا فانتما طالقان فحاضت احدهما
او ولدت احدهما يقع الطلاق عليهما لان حصول حيضة واحدة وولادة ولد واحد من امرأتين

محال فلم يتصرف كلام العاقل اليه فينصرف الى وجود ذلك من احدهما لان اضافة الفعل
الى اثنين على ارادة وجوده من احدهما متعارف بين اهل اللسان قال الله تعالى فى قصة
موسى وصاحبه نسيا حوتهما وانما نسيه صاحبه وهو فتاه وقال يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان وانما يخرج من احدهما وهو البحر المالح دون العذب وقال النبى صلى الله عليه وسلم
لمالك بن الحويرث وعمه اذا سافرتما فاذنا واقيما ومعلوم ان الامر بالتاذين والاقامة كان
لاحدهما فكان تعليق طلاقهما بحيضة احديهما وبولادة احديهما ولو قالتا حديهما حضت
هذا صح
ان صدقها الزوج طلقتا جميعا لان حيضها فى حقها ثبت باختيارها وفى حق صاحبتها ثبت
بتصديق الزوج وان كذبها طلقت هى ولا تطلق صاحبتها لان حيضها ثبت فى حقها ولم يثبت
فى حق صاحبتها ولو قالت كل واحدة منهما قد حضت طلقتا جميعا سواء صدقهما الزوج ام كذبهما
اما اذا صدقهما فالامر ظاهر لانه ثبت حيضة كل واحدة منهما فى حق صاحبتها واما اذا كذبهما
فكذلك لان التكذيب يمنع ثبوت حيضة كل واحدة منهما فى حق صاحبتها لا فى حق نفسها وثبوت
حيضتها فى حق نفسها يكفى لوقوع الطلاق عليها كما اذا قال لها اذا حضت فانت طالق وهذه
معك فقالت حضت وكذبها الزوج ولو قال اذا حضتما فانتما طالقان واذا ولدتما فانتما
طالقتان لا تطلقان ما لم يوجد الحيض او الولادة اليهما ويتصور من كل واحدة منهما الحيض
او الولادة منهما جميعا لانه اضاف الحيض صح
والولادة فتعلق الطلاق بوجود الحيض والولادة منهما جميعا عملا بالحقيقة عند الامكان
ولو قالت كل واحدة منهما قد حضت ان صدقهما الزوج طلقتا لانه علق طلاقهما بوجود الحيض
منهما جميعا وقد ثبت ذلك بقولهما مع تصديق الزوج وان كذبهما لا تطلق واحدة منهما لان
قول كل واحدة منهما مقبول فى حق نفسها لا فى حق صاحبتها فيثبت فى حق كل واحدة منهما حيضها
لا حيض صاحبتها وحيض كل واحدة منهما بانفراده شطر الشرط وطلاق واحدة منهما معلق
بوجود حيضهما جميعا والمعلق بشرط لا ينزل بوجود بعض الشرط فان صدق احديهما وكذب الاخرى
تطلق المكذبة ولا تطلق المصدقة لان حيض المكذبة ثبت فى حقها باخبارها وحيض المصدقة
ثبت فى حق المكذبة ايضا بتصديق الزوج فثبت الحيضتان جميعا فى حق المكذبة فوجد كل الشرط
فى حقها فيقع الطلاق عليها ولم يثبت فى حق المصدقة الا حيضها فى حق نفسها ولم يثبت فى حقها
حيض المكذبة لتكذيب الزوج المكذبة فى ثبوت حيضها عند المصدقة فكان الموجود فى
حق المصدقة شطر الشرط فلا يقع الطلاق وكذلك اذا قال اذا حضتما حيضتين او اذا
ولدتما فانتما طالقان فهذا وقوله اذا حضتما او ولدتما سواء فما لم تحيضا جميعا او تلدا
ولدين صح
جميعا لا يقع الطلاق عليهما لان وجود حيضتين منهما وولادة ولدين منهما يكون بهذا
الطريق وهو ان تحيض كل واحدة منهما حيضة وتلد كل واحدة منهما ولدا وكذا لو قال اذا
دخلتما هذه الدار او كلمتما فلانا او لبستما هذا الثوب او ركبتما هذه الدابة او اكلتما هذا
الطعام او شربتما هذا الشراب فلم يوجد منهما جميعا لا يقع الطلاق لانه يتصور وجوده

منهما

منهما فيعمل بحقيقة الكلام بخلاف قوله اذا حضتما حيضة او ولدتما ولدا لان ذلك محال ثم التعليق
فى الملك كما يصح بشرط الوجود يصح بشرط العدم لان الشرط علامة محضة والعدم يصلح
علما محضا فيصلح شرطا غير انه ان وقت ينزل المعلق عند انتهاء ذلك الوقت وان اطلق لا ينزل
الا فى اخر جزء من اجزاء حياته بيان ذلك اذا قال لامرأته ان لم ادخل هذه الدار فانت طالق
او قال ان لم آت البصرة فانت طالق لا يقع الطلاق الا فى اخر جزء من اجزاء حياته لانه علق
الطلاق بعدم الدخول والاتيان مطلقا ولا يتحقق ذلك الا فى ذلك الوقت وعلى هذا يخرج
ما اذا قال لامرأته انت طالق ان لم اطلقك انه لا يقع الطلاق عليها ما لم يبق الى اخر جزء
من اجزاء حياته لانه علق الطلاق بشرط عدم التطليق مطلقا والعدم المطلق لا يتحقق
الا فى ذلك الجزء ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك واذا ما لم اطلقك فان اراد باذا ان لا يقع
الطلاق الا فى اخر جزء من اجزاء حياته لا تطلق الا فى اخر جزء من اجزاء حياته بالاجماع وان
نوى به متى يقع الطلاق فاذا فرغ من هذا الكلام وسكت وان لم يكن له نية قال ابو حنيفة
هذه بمنزلة قوله ان وقال ابو يوسف ومحمد هى بمعنى قوله متى وجه قولهما ان اذا للوقت
قال الله تعالى اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت واذا السماء انشقت الى غير ذلك من
الايات فكانت فى معنى متى لم اطلقك يقع الطلاق عقيب الفراغ من هذه اللفظة اذا سكت
ولو قال متى صح
كذا هنا والدليل عليه انه اذا قال لها انت طالق اذا شئت لا يقتصر على المجلس كما لو قال متى شئت
ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو كانت للشرط لاقتصرت المشيئة على المجلس كما فى قوله
ان شئت ولابى حنيفة ان هذه الكلمة كما تذكر ويراد بها الوقت تذكر ويراد بها الشرط قال الشاعر
الازدى
استغن ما اغناك ربك بالغنى • واذا تصبك خصاصة فتحمل •
انه جزم ما بعده فان قال اريد بها الوقت يقع الطلاق كما فرغ من هذا الكلام وسكت كما فى
قوله متى وان اريد بها الشرط لا يقع الا فى اخر جزء من اجزاء حياته كما فى كلمة ان فوقع
الشك فى وقوع الطلاق عند الفراغ منه فلا يقع مع الشك وانما لا يقتصر على المجلس
لانه حصلت المشيئة فى يدها بقوله انت طالق اذا شئت وانها تستعمل للوقت والشرط
فان اريد بها الشرط يبطل بالقيام عن المجلس كما فى قوله ان شئت وان اريد بها الوقت لا يبطل
كما فى قوله متى شئت فوقع الشك فى البطلان بالقيام عن المجلس فلا يبطل مع الشك فاطرد كلام
ابى حنيفة فى المعنى بحمد الله تعالى ولو قال لها ان لم ادخل هذه الدار سنة فانت طالق او ان
لم اكلم فلانا سنة فانت طالق فمضت السنة قبل ان يدخلها او يكلمه يقع الطلاق وعلى
هذا يخرج الايلاء بان قال لامرأته الحرة والله لا اقربك اربعة اشهر فمضت المدة ولم يقربها
انه يقع طلقة باينة لان الايلاء فى الشرع جعل تعليق الطلاق بشرط عدم الفىء اليها
هو
فى اربعة اشهر وهذا المعنى بالتعليق الحكمى لان الشرع جعل الايلاء فى حق احد الحكمين وهو
البر تعليق الطلاق بشرط البر فى المدة كانه قال لها ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق باين
قال الله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فاذا مضت المدة والمرأة فى ملكه او فى العدة

يقع الطلاق والا فلا كما فى التعليق الحكمى على ما ذكرنا وله حكم اخر وهو الحنث عند القربان
وسنذكره بجملته فى موضعه ان شاء الله تعالى اما التعليق بالملك فنحو ان يقول
لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانه صحيح عند اصحابنا حتى لو تزوجها يقع الطلاق
وعند الشافعى لا يصح ولا يقع الطلاق واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم لا طلاق
قبل النكاح والمراد منه التعليق لان التنجيز مما لا يشكل ولان قوله انت طالق فى التعليق
بالملك تطليق بدليل ان الطلاق عند وجود الشرط يقع به اذا لم يوجد كلام آخر سواه فكان
الكلام السابق تطليقا الا انه لم يثبت الحكم للحال لمانع وهو عدم الشرط والتصرف لا ينعقد
تطليقا الا فى الملك ولا ملك ههنا فلا ينعقد ولنا ان قوله انت طالق ليس تطليقا للحال بل هو
تطليق عند الشرط على معنى انه علم على الانطلاق عند الشرط فيستدعى قيام الملك عنده
لا فى الحال والملك موجود عند وجود الشرط لان الطلاق يقع بعد وجود الشرط واما الحديث
فنقول بموجبه ان لا طلاق قبل النكاح وهذا طلاق بعد النكاح على معنى انه جعله علما على
الانطلاق بعد النكاح لا ان يجعل منشأ الطلاق بعد النكاح او يبقى الكلام السابق الى وقت
وجود النكاح لان الثانى محال والاول خلاف الحقيقة واضافة الطلاق الى الشرع لا الى الزوج
وقيل فى الجواب عن التعليق بالحديث ان هذا ليس بطلاق بل هو يمين وتعليق الطلاق بالشرط
وقوله التنجيز لا يشكل مسلم لكن بعد ورود الحديث فاما قبله فقد كان مشكلا فانه روى
ان فى الجاهلية كان الرجل يطلق اجنبية ويعتقد حرمتها فابطل الحديث ذلك والجواب الاول
احق وادق والله الموفق وعلى هذا الخلاف ما اذا قال كل امرأة اتزوجها فهى طالق فتزوج
امرأة طلقت عندنا ولو تزوج تلك المرأة ثانيا لا تطلق وكذا هذا فى قوله ان تزوجتك لانه
ليس فى لفظه ما يوجب التكرار ولو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق طلقت فى كل مرة
يتزوجها لان كلمة كل دخلت على العين وكلمة كلما دخلت على الفعل ولو تزوجها ثلاث مرات
وطلقت فى كل مرة فتزوجت بزوج اخر وعادت الى الاول فتزوجها انها طلقت بخلاف
اذا قال لمنكوحته كلما دخلت الدار فانت طالق فدخلت ثلاث مرات وطلقت فى كل مرة
ثم تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار انها لا تطلق عندنا خلافا لزفر لان المعلق
هناك طلقات الملك القائم المبطلة للحل القائم وقد بطل ذلك بالثلاث ولم يوجد الاضافة
الى سبب ملك حادث وحل مستأنف فلم يتعلق ما يملك به من الطلقات وههنا قد علق
الطلاق بسبب الملك وانه صحيح عندنا فيصير عند كل تزوج يوجد منه لامرأة قائلا لها
انت طالق سواء كانت هذه التى تكرر عليها طلاقها او غيرها من النساء وعلى هذا
الخلاف الظهار والايلاء بان قال لاجنبية ان تزوجتك فانت على كظهر امى او قال
والله لا اقربك والله اعلم ولو قال لامرأته انت طالق ان كان السماء فوقنا او قال
انت طالق ان كان هذا نهارا وان كان هذا ليلا وهما فى الليل او فى النهار يقع الطلاق
للحال لان هذا تحقيق وليس بتعليق بشرط اذ الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود

لان المنصرف جعله طلاقا بعد النكاح صح

الدار

وهذا

وهذا موجود ولو قال ان دخل الجمل فى سم الخياط فانت طالق لا يقع الطلاق لان غرضه
منه تحقيق النفى حيث علقه بامر محال واما الاضافة الى وقت فالزوج لا يخلو اما ان اضاف
الطلاق الى الزمان الماضى واما ان اضافه الى الزمان المستقبل فان اضافه الى الزمان
الماضى ينظر ان لم يكن المرأة فى ملكه فى ذلك الوقت لا يقع الطلاق وان كانت فى ملكه يقع
الطلاق للحال ويلغو الاضافة بيانه ما اذا قال لامرأته انت طالق قبل ان اتزوجك لا يقع
الطلاق لان تصحيح كلامه بطريق الاخبار ممكن لان المخبر به على ما اخبر ولا يمكن تصحيحه
بطريق الانشاء الا بابطال الاسناد الى الماضى فكان التصحيح بطريق الاخبار اولى ولو قال
لها انت طالق امس فان كان تزوجها اليوم لا يقع لما قلنا وان كان تزوجها اول من امس
يقع الطلاق الساعة لانه تعذر تصحيحه بطريق الاخبار لانعدام المخبر به فيكون كذبا
فيصحح بطريق الانشاء ثم تعذر تصحيحه انشاء للاضافة لان اسناد الطلاق الموجود للحال
الى الزمان الماضى محال فبطلت الاضافة واقتصر الانشاء على الحال فيقع الطلاق للحال
ولو قال لاجنبية انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك ثم تزوجها وقع الطلاق لانه
اوقع الطلاق بعد التزوج ثم اضاف الواقع الى ما قبل التزوج فوقع الطلاق ولغت
الاضافة وكذلك اذا قال لها انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فتزوجها يقع الطلاق
فيلغو قوله قبل ان اتزوجك ولو قدم ذكر التزويج فقال اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان
اتزوجك او قبل ذلك ثم تزوجها يقع الطلاق عند ابى يوسف وعند محمد لا يقع وجه قول محمد
ان المعلق بالشرط يصير كالمنجز عند وجود الشرط فيصير قائلا عند التزويج انت طالق قبل
ان اتزوجك ولو نص على ذلك لا يقع كذا هذا وجه قول ابى يوسف انه اوقع الطلاق بعد
التزويج ثم اضاف الواقع الى زمان ما قبل التزوج فتلغو الاضافة ويبقى الواقع على حاله
والله اعلم وان اضاف الزوج الطلاق الى ما يستقبل من الزمان فان اضافه الى زمان
لا ملك له فى ذلك الزمان قطعا لم يصح كما اذا قال لها انت طالق بعد موتى وكذا اذا قال لها
انت طالق مع موتى او مع موتك لان معناه بعد موتى او بعد موتك لان الطلاق معلق
بوجود الموت فصار الموت شرطا له اذ الجزاء يعقب الشرط فكان هذا ايقاع الطلاق بعد
الموت ولا ملك بعد الموت فبطل ولو قال لامرأته وهى امة انت طالق اثنتين مع عتق مولاك
اياك فاعتقها مولاها فان زوجها يملك الرجعة لانه تعلق طلاقها بعتق مولاها فصار
عتق مولاها شرطا لوقوع الطلاق فيقع بعد تمام الشرط وهى حرة فى ذلك الوقت ولو قال
لها اذا جاء غد فانت طالق اثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء غد طلقت
اثنتين ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فى قول ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد هنا والاول
سواء ويملك الرجعة ولا خلاف فى ان عدتها ثلاث حيض وجه قول محمد انه علق الطلاق
والعتاق بمجئ الغد فكان حال وقوع الطلاق والعتاق واحدا وهو حال مجئ الغد فيقعان
معا والعتق حال وقوعه يكون واقعا لان الشئ حال وجوده يكون موجودا فان الشئ فى حال

قيامه يكون قائما وفى حال سواده يكون اسود فالطلقتان تصادفانها وهى حرة فلا يثبت
الحرمة ووجه قولهما ان الطلاق والعتاق لما علقا بمجئ الغد وقعا معا ثم العتق يصادفها
وهى امة فكذا الطلاق فيثبت الحرمة الغليظة بثنتين بخلاف المسئلة الاولى لان ثمه
تعلق الطلاق بالعتق فيقع بعد ثبوت العتق ضرورة على ما بينا وبخلاف العدة بتعقيب
الطلاق لان الطلاق يصادفها وهى منكوحته ولا عدة على المنكوحة فلا يكون وجوبها
مقارنا لوقوع الطلاق فكان عقيب الطلاق ضرورة وهى حرة فى تلك الحالة فكانت عدتها
عدة الحرائر والله اعلم وان اضافه الى زمان يملكها فيه ظاهرا بان قال لامرأته انت طالق
غدا او رأس شهر كذا او فى غد صح لوجود الملك وقت الاضافة والظاهر بقاؤه الى الوقت
المضاف اليه فصحت الاضافة ثم اذا جاء غدا ورأس الشهر فان كانت المرأة فى ملكه او فى
العدة فى اول جزء من الغد والشهر يقع الطلاق والا فلا كما فى التعليق وعلى هذا يخرج
ما اذا قال لامرأته انت طالق متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت انها طلقت
لان متى للوقت فقد اضاف الطلاق الى وقت لا يطلقها فيه وكما فرغ من هذه المقالة
وسكت وجد هذا الوقت فيقع الطلاق وكذا اذا قال لها انت طالق ما لم اطلقك لان
معنى قوله ما لم اطلقك اى فى الوقت الذى لا اطلقك يقال فى العرف ما دمت تفعل كذا
افعل كذا اى فى الوقت الذى تفعل وقال الله تعالى خبرا عن عيسى صلوات الله عليه واوصانى
بالصلوة والزكوة ما دمت حيا اى فى وقت حياتى فيصير كانه قال انت طالق فى الوقت الذى
لا اطلقك وكما فرغ وسكت تحقق ذلك الوقت فيقع الطلاق ولو قال ذلك وطلقها موصولا
بان قال لها انت طالق ما لم اطلقك انت طالق وذكر العبارتين الاخريين فهى طالق هذه
التطليقة دون التطليقة المضافة الى زمان لا يطلقها فيه عند اصحابنا الثلثة وكذلك
لو قال لها انت طالق ثلاثا ما لم اطلقك انت طالق يقع هذه الطلقة لا غير عندنا وعند زفر
يقع ثلاث تطليقات وجه قوله انه اضاف الطلاق الى وقت لا طلاق فيه وكما فرغ
من قوله ما لم اطلقك قبل قوله طالق فوجد ذلك الوقت فيقع المضاف ولنا ان المضاف
اليه وقت خال عن الطلاق ولما قال انت طالق موصولا بالكلام الاول فلم يوجد وقت خال
عن الطلاق لان قوله انت طالق بجملته طلاق لانه كلام واحد لكونه مبتداء وخبرا فلم يوجد
بين الكلامين وقت لا طلاق فيه فلا يقع الطلاق المضاف لانعدام المضاف اليه ولو قال
انت طالق غدا وقال عنيت اخر النهار لم يصدق فى القضاء بالاجماع ويصدق فيما بينه وبين
الله تعالى ولو قال انت طالق فى غد وقال عنيت فى اخر النهار يصدق فى القضاء فى قول
ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يصدق فى القضاء وانما يصدق فيما بينه وبين الله تعالى
لا غير وان لم يكن له نية يقع فى اول جزء من الغد بلا خلاف وجه قولهما ان الغد اسم
زمان والزمان اذا قرن بالفعل يصير ظرفا له سواء قرن به حرف الظرف وهو حرف فى او لم يقرن
به فان قول القائل كتبت يوم الجمعة وقوله كتبت فى يوم الجمعة سواء فكان ذكر حرف الظرف

والسكوت

[1] الغليظة ولهذا كانت عدتها ثلاث حيض ولهذا لم تثبت الحرمة الغليظة فى المسئلة الاولى كذا اهنا صح

[2] فان وجوب العدة صح

والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو لم يذكر وقال انت طالق غدا وقال عنيت اخر النهار
لم يصدق فى القضاء كذا هنا ولهذا لو لم يكن له نية يقع فى اول جزء من الغد ولابى حنيفة
ان ما كان من الزمان ظرفا للفعل حقيقة وهو ان يكون كله ظرفا له يذكر بدون حرف الظرف وما كان
منه ظرفا له مجازا وهو ان يكون بعضه ظرفا له والاخر ظرف ظرفه يذكر مع حروف الظرف
فلما قال انت طالق غدا بدون حرف الظرف فقد جعل الغد كله ظرفا للطلاق وانما يكون كله
ظرفا للطلاق حقيقة اذا وقع الطلاق فى اول جزء منه لانه اذا وقع فى اول جزء منه يبقى
حكما وتقديرا فيكون جميع الغد ظرفا له بعضه حقيقة وبعضه تقديرا اما اذا وقع الطلاق
فى اخر النهار لا يكون كل الغد ظرفا له بل يكون ظرف الظرف فاذا قال عنيت اخر النهار فقد اراد
العدول عن الظاهر فيما يتهم فيه بالكذب فلا يصدق فى القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله
تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولما قال لها انت طالق فى غد فلم يجعل الغد كله ظرفا للطلاق
حقيقة بل جعله ظرف الظرف وبين ان الظرف الحقيقى للطلاق هو جزء من الغد وذلك
غير معين فكان التعيين اليه فاذا قال عنيت اخر النهار فقد عين فيصدق فى التعيين
لانه نوى حقيقته ونظيره ما اذا قال ان صمت فى الدهر فعبدى حر فصام ساعة يحنث
ولو قال ان صمت الدهر لا يحنث الا بصوم الابد بالاجماع لما قلنا كذا هنا الا انه اذا لم ينو
شيئا يقع الطلاق فى اول جزء من الغد لان الاجزاء قد تعارضت فيرجح الاول منها
احتياطا لثبوت الاستحقاق له من وجه لاحتمال انه ذكر حرف الظرف لتأكيد ظرفية
الغد لا لبيان انه ظرف الظرف فيرجح الجزء الاول على سائر الاجزاء عند استواء الكل
فى الجواز بثبوت الاستحقاق له من وجه فيقع فى اول الجزء وقد خرج الجواب عن قولهما ان ذكر
حرف الظرف فى الغد وعدم الدخول سواء لانا قد بينا انهما لا يستويان والله اعلم ولو قال
لامرأته انت طالق اليوم وغدا يقع الطلاق فى اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا لكونها
طالقا ولن يكون الوقتان جميعا ظرفا الا عند الوقوع فى اولهما لانه لو تأخر الوقوع الى الغد
لكان الظرف احدهما ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين
الذى تفوه به لانه فى الاول اوقع الطلاق فى اليوم ووصف اليوم بانه غد وهو محال
فلغى قوله غدا وبقى قوله اليوم فيقع الطلاق فى اليوم وفى الثانى اضاف الطلاق الى الغد
ووصف الغد بانه اليوم وهو محال فلغى قوله اليوم وبقى قوله غدا فيقع الطلاق فى غد
ولو قال لها انت طالق متى شئت او متى ما شئت او اذا شئت او اذا ما شئت وكلما شئت
لا يقع الطلاق ما لم تشأ فاذا شاءت وقع لانه اضاف الطلاق الى وقت مشيتها ووقت
مشيتها هو الزمان الذى يوجد فيه مشيتها فاذا شاءت فقد وجد ذلك الزمان فيقع
ولا يقتصر هنا على المجلس بخلاف قوله ان شئت وما يجرى مجراه لان هنا اضافة وذا تمليك
لما نبين فى موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الاصل يخرج الطلاق فى العدة وجملة الكلام
فيه ان المرأة اما ان كانت معتدة من طلاق رجعى واما ان كانت معتدة من طلاق باين

[1] حقيقة صح

اوخلع فان كانت معتدة من طلاق رجعى يقع الطلاق عليهما سواء كان صريحا او كناية
لقيام الملك من كل وجه لان الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولهذا يصح ظهاره وايلاؤه
ويثبت اللعان بينهما وهذه الاحكام لا يصح الا فى الملك وان كانت معتدة من طلاق
باين او خلع وهى المبانة او المختلعة فيلحقها صريح الطلاق عند اصحابنا وقال الشافعى
لا يلحقها وجه قوله ان الطلاق تصرف فى الملك بالازالة والملك قد زال بالخلع والابانة
وازالة الزائل محال ولهذا لم يصح الخلع والابانة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة وهذا نص فى الباب ولانها
بالخلع والابانة لم تخرج من ان يكون محلا للطلاق لان حكم الطلاق ان كان ما ينبئ عنه
اللفظ لغة وهو الانطلاق والتخلى وزوال القيد فهى محل لذلك لانها مقيدة فى حال العدة
لانها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر والقيد هو المنع وان كان ما لا ينبئ
عنه اللفظ لغة وهو زوال حل المحلية شرعا فحل المحلية قائم لانه لا يزول الا بالطلقات
الثلاث ولم يوجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق وبه تبين ان قوله الطلاق
تصرف فى الملك بالازالة غير سديد لان زوال الملك لا ينبئ عنه اللفظ لغة ولا يدل
عليه شرعا الا ترى ان الطلاق الرجعى واقع ولا يزول الملك بالاجماع ولو راجعها لا ينعدم
الطلاق بل يبقى اثره فى حق المحلية وان انعدم اثره فى حق زوال الملك بخلاف الابانة لانها ‏زوال
ازالة الملك والملك زائل واما الكناية فهل يلحقها ينظر ان كانت رجعية وهى الالفاظ الثلاثة
وهى قوله اعتدى واستبرئى رحمك وانت واحدة يلحقها فى ظاهر الرواية وروى عن ابى يوسف
انه لا يلحقها حتى لو قال لها اعتدى لا يقع شئ وجه هذه الرواية ان هذه كناية والكناية
لا يعمل الا فى حال قيام الملك كساير الكناية وجه ظاهر الرواية ان الواقع بهذا النوع من
الكناية رجعى فكان فى معنى الصريح فيلحق الخلع والابانة فى العدة كالصريح وان كانت باينة كقوله
انت باين ونحوه ونوى الطلاق لا يلحقها بلا خلاف لان الابانة قطع الوصلة والوصلة
منقطعة فلا يتصور قطعها ثانيا بخلاف الطلاق لانه ازالة للقيد او ازالة حل المحلية
وكل ذلك قائم ولانه يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الاخبار لان المخبر به على ما اخبر
ولا يمكن تصحيحه بطريق الانشاء لان ابانة المبان محال فيصح بطريق الاخبار بخلاف
صريح الطلاق لانه لا يمكن تصحيحه بطريق الاخبار لانه يكون كذبا فيصح بطريق الانشاء
ولان الابانة تحريم شرعا وهى محرمة وتحريم المحرم محال وسواء نجز الابانة فى حال
قيام العدة او علقها بشرط بان قال لها فى العدة ان دخلت هذه الدار فانت باين ونوى
الطلاق حتى لو دخلت الدار وهى فى العدة لا يقع الطلاق لان الابانة قطع الوصلة
فلا ينعقد الا فى حال قيام الوصلة وهى الملك ولم يوجد فلا ينعقد ولو قال لامرأته
ان دخلت الدار فانت باين او حرام ونحو ذلك ثم ابانها او خلعها ثم دخلت الدار وهى
فى العدة وقعت عليها تطليقة بالشرط فى قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقع ويبطل

التعليق وجه قوله ان التعليق بالشرط يصير تنجيزا عند الشرط تقديرا ولو نجز الابانة
عند الشرط لا يقع به شئ لعدم الملك ولنا ان التعليق وقع صحيحا لقيام الملك
عند وجوده من كل وجه فانعقد موجبا للبينونة وزوال الملك عند وجود الشرط
من كل وجه الا ان الابانة الطارية اوجبت زوال الملك من وجه للحال وبقى من وجه
حال قيام العدة لقيام بعض اثار الملك فخرج التعليق من ان يكون سببا لزوال الملك
عند الشرط من كل وجه لزوال الملك من وجه للحال بالتنجيز فبقى سببا لزوال الملك
من وجه وفيه تصحيح التصرفين فى حق الحكم بقدر الامكان فكان اولى من تصحيح احدهما
وابطال الاخر بخلاف تنجيز الابانة على المعتدة المبانة وتعليقها انهما لا يصحان
لان ثمه الملك وقت وجود التنجيز والتعليق قائم من وجه دون وجه فقيامه من وجه
لقيام العدة يوجب الصحة وزواله من وجه يمنع الصحة وما لم يعرف صحته اذا وقع
الشك فى صحته لا يصح بالشك بخلاف التعليق فى مسئلتنا لانه وقع صحيحا بيقين
لقيام الملك من كل وجه فبتنجيز الابانة المعترضة يقع الشك فى بطلانه فلا يبطل
مع الشك فهو الفرق بين الفصلين والله الموفق. ولو آلى منها حال لم يصح ايلاؤه فى حكم
البر لان الايلاء فى حق احد الحكمين وهو البر تعليق الابانة شرعا بشرط البر وهو عدم القربان
فى المدة وقيام الملك شرط صحة الابانة تنجيزا كان او تعليقا كما فى التعليق الحقيقى
على ما مر ولان الطلاق فى الايلاء انما يقع عند مضى المدة من غير قربانها لصيرورته
ظالما بمنع حقها فى الوطئ فى المدة ولا حق للمبانة والمختلعة فى الوطئ فلا يصح الايلاء
فى حق الطلاق ولو آلى من زوجته ثم ابانها ونوى الطلاق او خلعها قبل مضى اربعة
اشهر ثم مضت اربعة اشهر قبل ان يقربها وهى فى العدة وقع الطلاق عندنا خلافا
لزفر بناء على ان الابانة الناجزة تلحقها الابانة بتعليق سابق عندنا خلافا له ولا يصح
ظهاره من المبانة والمختلعة لان الظهار تحريم والحرمة قد ثبتت بالابانة والخلع السابق
وتحريم المحرم ممتنع ولو علق الظهار بشرط فى الملك بان قال لامرأته ان دخلت الدار
فانت على كظهر امى ثم ابانها فدخلت الدار وهى فى العدة لا يصير مظاهرا بالاجماع وهذا
حجة زفر ووجه الفرق لنا بين الظهار وبين الكناية البائنة من وجهين احدهما
ما ذكرنا ان الظهار يوجب حرمة موقتة بالكفارة وقد ثبتت الحرمة بالابانة من كل وجه
فلا يحتمل التحريم بالظهار بخلاف الكناية المنجزة لانها توجب زوال الملك من وجه
دون وجه قبل انقضاء العدة فلا يمنع ثبوت حكم التعليق والثانى ان الظهار يوجب
حرمة يرتفع بالكفارة والابانة توجب حرمة لا ترتفع الا بنكاح جديد فكانت الحرمة
الثابتة بالابانة اقوى الحرمتين والثابتة بالظهار اضعفهما فلا يظهر بمقابلة
الاقوى بخلاف تنجيز الكناية وتعليقها فان كل واحد منهما فى ايجاب البينونة وزوال الملك

على السواء فيعمل بهما بالقدر الممكن وفيما قلنا عمل بهما جميعاً على ما بينا ولو خيرها في العدة
لا يصح بان قال لها اختاري فاختارت نفسها في العدة حتى لا يقع شيء لان التخيير
تمليك والتمليك بلا ملك لا يتصور ولو قال لامرأته اذا جاء غد فاختاري ثم ابانها
فاختارت نفسها في العدة لا يقع شيء بالاجماع وهذا ايضا حجة زفر والفرق لنا بين
التخيير وبين تعليق الكناية البائنة بشرط انه لما قال لها اذا جاء غد فاختاري فقد
ملكها الطلاق غدا ولما ابانها فقد ازال الملك للحال من وجه وبقي من وجه على ما بينا
والملك من وجه لا يكفي للتمليك ويكفي للازالة كما في الاستيلاد والتدبير المطلق حتى
لا يجوز بيع ام الولد والمدبر المطلق ويجوز اعتاقهما كذا هذا ولان التخيير يعتبر فيه جانب
الاختيار لا جانب التخيير والتعليق يعتبر فيه جانب اليمين لا جانب الشرط بدليل انه
لو شهد شاهدان بالاختيار ثم رجع الشهود فالضمان على شاهدي الاختيار لا على شاهدي بالتخيير وشاهدان صح
التخيير ومثله لو شاهد شاهدان باليمين وشاهدان بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود اليمين
لا شهود الدخول واذا كان المعتبر في التخيير هو اختيار المرأة لا تخيير الزوج يعتبر قيام
الملك وقت اختيارها وهي مبانة وقت اختيارها فلم يقع شيء ولما كان المعتبر في التعليق
هو اليمين لا الشرط يعتبر قيام الملك وقت اليمين لا وقت الشرط ولو قذفها بالزنا
لا يلاعن لان اللعان لم يشرع الا بين الزوجين قال الله تعالى والذين يرمون ازواجهم
والزوجية قد انقطع بالابانة والخلع وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة كحرمة المصاهرة والرضاع
فان الطلاق لا يلحقها وان كانت في العدة لان تحريم المحرم لا يتصور ولان الثابت بالطلاق
حرمة موقتة والثابت بالرضاع والمصاهرة حرمة مؤبدة والحرمة المؤبدة اقوى الحرمتين
فلا يظهر الاضعف في مقابلة الاقوى وكذلك لو اشترى امرأته بعد ما دخل بها لا يلحقها
الطلاق لانها ليست بمعتدة الا ترى انه يحل له وطئها ولا يحل له وطئ المعتدة بحال وكذلك
لو قال لمنكوحته وهي امة الغير انت طالق للسنة ثم اشتراها وجاء وقت السنة لا يقع شيء
لما ذكرنا انها ليست بمعتدة والطلاق المعلق بشرط او المضاف الى وقت لا يقع في غير ملك النكاح
والعدة ولو قال العبد لامرأته وهي حرة انت طالق للسنة ثم ابانها ثم جاء وقت السنة يقع
عليها الطلاق لانها معتدة منه وكذلك اذا قال الرجل لامرأته وهي امة الغير انت طالق
للسنة ثم اشتراها فاعتقها ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق لانها معتدة منه لظهور
حكم العدة بعد الاعتاق واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع على المرأة طلاقه
وان كانت في العدة لان العصمة قد انقطعت بينهما بلحاقه بدار الحرب فلا يقع عليها طلاقه كما لا يقع
بعد انقضاء العدة فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع طلاقه عليها لان المانع من الطلاق
اختلاف الدارين وقد زال فان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب وطلق المرادة لم يقع طلاق الزوج
عليها لان العصمة قد انقطعت بلحاقها بدار الحرب فصارت كالمنقضية العدة فاذا عادت قبل الحيض

لم يقع

لم يقع طلاق الزوج عليها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقع طلاقه عليها وجه قول ابي يوسف
ان العدة باقية حقيقة الا انه لم يظهر حكمها للحال لمانع وهو اللحاق لاختلاف الدارين فاذا عاد
الى دار الاسلام فقد زال المانع فظهر حكم العدة كما في جانب الرجل ولابي حنيفة ان المرتدة بلحاقها
بدار الحرب صارت كالحربية الاصلية الا ترى انها تسترق كالحربية فبطلت العدة في حقها اصلا فلا
تعود بعودها الى دار الاسلام بخلاف المرتد وعلى هذا الاصل يخرج عدد الطلاق قبل الدخول انه ان وقع
مجتمعاً يقع الكل وان اوقع متفرقاً لا يقع الا الاول لان الايقاع اذا كان مجتمعا فقد صادف الكل
محله وهو الملك فيقع الكل واذا كان متفرقا فقد بانت بالاول والثاني والثالث صادفها ولا ملك
ولا عدة فلا يقع وبيان هذا الاصل في مسائل اذا قال لامرأته قبل الدخول بها انت طالق ثلاثا
او قال انت طالق ثنتين وقع ذلك عند عامة العلماء وقال الحسن البصري لا يقع الا واحدة ويلغو
قوله ثلاثا او اثنتين وجه قوله ان قوله انت طالق كلام تام لكونه مبتدأ وخبرا وقد سبق العدد في الذكر
فيسبق في الوقوع فتبين بقوله انت طالق فالعدد يصادفها بعد حصول البينونة فيلغو كما اذا قال انت
طالق وطالق ولنا انه اوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة ودلالة الوصف من وجهين احدهما
ان العدد هو الواقع وهو الثلاث وقد اوقع الثلاث مجتمعا فيقع مجتمعا والثاني ان الكلام انما يتم
باخره لان المتكلم ربما يعلق كلامه بشرط او يضيفه الى وقت او يلحق به الاستثناء لحاجته الى ذلك
فيقف اول الكلام على اخره واذا وقف عليه صار الكل جملة واحدة فيقع الكل جملة واحدة ولا ينفذ
البعض على البعض ولهذا لو قال لها انت طالق واحدة فماتت بعد قوله طالق قبل قوله واحدة
لم يقع شيء لان الواقع هو العدد وذلك وجد بعد الموت وكذا لو قال لها انت طالق ثلاثا
ان شاء الله فماتت بعد قوله ثلاثا قبل قوله ان شاء الله لا يقع شيء لانه توقف اول الكلام على
وجود اخره المغير له فلم يتعلق باوله حكم فلا يقع به شيء في حال الحيوة ولا يقع بعد الموت لعدم
التطليق عند وجود الاستثناء وعدم المحل ايضاً وكذلك اذا ذكر بعده ما هو صفة له وقع
بتلك الصفة كما اذا قال انت طالق باين او حرام لان الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يفصل
البعض عن البعض في الوقوع وفائدة هذا لا تظهر في التنجيز لان الطلاق قبل الدخول لا يقع
الا باينا سواء وصفه بالبينونة او لم يصفه وانما يظهر في التعليق بان يقول لها انت طالق باين
ان دخلت الدار انه لا يتنجز بل يتعلق بالدخول ولان قوله باين بين الايقاع والشرط لا يقع فاصلا
بينهما لما ذكرنا ان الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون حائلا بين الايقاع والشرط فلا يمنع
التعليق بالشرط ولو قال لها انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع
للمقارنة فقد اوقع الطلاقين معاً فيقعان معاً كما لو كانت مدخولا بها وكذا لو قال انت طالق واحدة
قبلها واحدة او واحدة بعد واحدة لان هذا ايقاع طلقة واحدة للحال واضافة طلقة اخرى الى الزمان
الماضي فيقع في الحال واحدة ولم يصح اضافة الاخرى الى الماضي لما فيه من الاستحالة فيقع في الحال واحدة
ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او واحدة بعدها واحدة يقع واحدة لانه اوقع تطليقة واحدة
واعقبها بتطليقة اخرى فوقعت الاولى ولغت الثانية لعدم الملك والعدة ولو كرر لفظ الطلاق

فالامر لا يخلو اما ان كرر بدون حرف العطف واما ان يكون بحرف العطف وكل ذلك لا يخلو اما ان
نجز او علق فان كرر بغير حرف العطف ونجز بان قال انت طالق انت طالق او قال انت طالق
طالق طالق يقع الاولى ويلغو الثانية والثالثة لانه اوقع متفرقا اما في قوله انت طالق انت طالق
طالق صح
فلان كل واحدة من هذه الالفاظ الثلاثة كلام تام لانه مبتداء وخبر وكل واحد منها وجد متفرقا
فكان كل واحد منها ايقاعا متفرقا فيقتضي الوقوع متفرقا فتحصل البينونة بالاولى والثاني والثالث له
يصادفها ولا ملك ولا عدة فيلغو وكذا اذا قال انت طالق طالق طالق لان الثاني والثالث خبر لا مبتدا
فيعاد المبتدا كانه قال انت طالق انت طالق وان علق بشرط فان قدم الشرط بان قال ان دخلت الدار
فانت طالق انت طالق انت طالق او قال ان دخلت الدار فانت طالق طالق طالق فالاول يتعلق
بالشرط لوجود التعليق الصحيح وهو ذكر شرط وجزاء في الملك والثاني ينزل في الحال لان قوله انت طالق
ايقاع تام وقوله طالق معناه انت طالق وانه ايقاع تام لانه مبتداء وخبر وقد صادف محله وهو
المنكوحة فيقع ويلغو الثالث لوقوع البينونة بالايقاع ولو تزوجها ودخلت الدار ينزل المعلق لان اليمين
باقية لانها لا تبطل بالابانة فوجد الشرط وهي في ملكه فينزل الجزاء ولو دخلت الدار بعد البينونة
قبل التزوج تنحل اليمين ولا يقع الطلاق وان كانت مدخولا بها فالاول يتعلق بالشرط لما ذكرنا والثاني
والثالث ينزلان للحال لان كل واحد منها ايقاع صحيح لمصادفته محله وان اخر الشرط بان قال انت طالق
انت طالق ان دخلت الدار او قال انت طالق طالق ان دخلت الدار فالاول ينزل في الحال
لانه ايقاع تام صادف محله ويلغو الثاني والثالث لحصول البينونة بالاول فلم يصح التعليق لعدم
الملك وان كانت مدخولا بها يقع الاول والثاني للحال ويتعلق الثالث بالشرط لان الاول والثاني
كل واحد منهما ايقاع تام لكونه مبتدا وخبرا وقد صادف محله فوقع للحال والثالث علقه بالشرط فيتعلق
به لحصول التعليق حال قيام العدة فصادف التعليق محله فصح بخلاف الفصل الاول وان كرر بحرف العطف
فان نجز الطلاق بان قال انت طالق ثم طالق او قال انت طالق فطالق لا يقع الا الاول
بلا خلاف لانه اوقع الثلاث متفرقا لوجود حروف موضوعة للتفرق لان كلمة ثم للترتيب مع التراخي
والفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الطلقة الاولى يمنع من ترتيب الثانية والثالثة عليها وكذلك
اذا قال انت طالق وطالق وطالق عند عامة العلماء وقال مالك يقع الثلاث وجه قوله ان الواو للجمع
والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع صح
فكان هذا ايقاع الثلاث جملة واحدة كانه قال انت طالق ثلاثا ولنا ان الواو للجمع المطلق لكن الجمع
المطلق في الوجود لا يتصور بل يكون وجوده على احد الوصفين عينا اما القران واما الترتيب فان كان
الوقوع بصفة الترتيب لا يقع الا الاول وان كان بصفة القران يقع الثاني والثالث فيقع الشك
في وقوع الثاني والثالث فلا يقع بالشك وان علق بشرط فاما ان قدم الشرط على الجزاء واما ان اخره عنه
فان قدم بان قال ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق تعلق الكل بالشرط بالاجماع حتى لا يقع
شيء قبل الدخول بها لا يقع الا واحدة في قول ابي حنيفة وان دخلت الدار بعد الدخول بها يقع
قبل دخول الدار فاذا دخلت الدار صح
الثلاث وقال ابو يوسف ومحمد يقع الثلاث اذا دخلت الدار وان دخلت بعد الدخول بها فيقع الثلاث
بالاجماع لكن عند ابي حنيفة على التعاقب وعندهما يقع على الجمع وعلى هذا الخلاف اذا قال لاجنبية

ان

ان تزوجتك فانت طالق وطالق وطالق فتزوجها لا يقع الا واحدة عنده وعندهما يقع الثلاث ولو قال
ان تزوجتك فانت طالق وانت علي كظهر امي فتزوجها طلقت ولم يصر مظاهرا عنده خلافا لهما ولو قدم
فتزوجها صح
الظهار على الطلاق بان قال ان تزوجتك فانت علي كظهر امي وانت طالق يقع الطلاق والظهار جميعا
بالاجماع وجه قولهما انه اوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق
ثلاثا ودلالة الوصف انه جمع التطليقات الثلاث بحرف الجمع وهو الواو والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ
الجمع لغة وشرعا اما اللغة فان قول القائل جاءني زيد وزيد وزيد وقوله جاءني الزيدون سواء
واما الشرع فان من قال لفلان علي الف درهم ولفلان كان الالف بينهما كما لو قال لهذين الرجلين
علي الف درهم وكذا الفضولي اذا زوج رجلا امرأة وفضولي اخر زوج اخت تلك المرأة من ذلك
الرجل فبلغه النكاحان فقال اجزت هذه وهذه بطل النكاحان جميعا كما لو قال اجزت نكاحهما فثبت
نكاح صح
ان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولو جمع بلفظ الجمع بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا
لوقع الثلاث سواء دخلتها قبل الدخول بها او بعد الدخول كذا هذا ولا يلزم التنجيز لانه لو ذكر لفظ
الجمع قبل الدخول بها بان قال لها انت طالق ثلاثا يقع الثلاث ولو ذكر بحرف الجمع لا يقع الا واحدة
بان قال لها انت طالق وطالق وطالق لان العطف والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع اذا صح
العطف والجمع وفي التنجيز لم يصح لانه لما قال لها انت طالق فقد بانت بواحدة لعدم العدة فامتنع
وقوع الثاني والثالث لانعدام محل الطلاق بخلاف التعليق بالشرط لان التعليق بالشرط قد صح وصح التكلم
بالثاني والثالث لان ملكه قائم بعد التعليق فصح التكلم به واذا صح التكلم بحرف الجمع صار التكلم به كالتكلم
بلفظ الجمع ولهذا وقع الثلاث اذا اخر الشرط كذا هذا ولابي حنيفة ان قوله ان دخلت الدار فانت طالق
وطالق وطالق ايقاع الثلاث متفرقا في زمان ما بعد الشرط فيقتضي الوقوع متفرقا كما اذا قال لامرأته قبل
الدخول بها انت طالق واحدة بعدها اخرى ولا شك ان الايقاع اذا كان متفرقا يكون الوقوع متفرقا
لان الوقوع على حسب الايقاع لانه حكمه والحكم يثبت على وفق العلة والدليل على انه اوقع الثلاث متفرقا
في زمان ما بعد الشرط ان الايقاع هو كلامه السابق اذ الكلام منه سواه وكلامه متفرق فان قوله انت طالق
كلام تام مبتداء وخبر وقوله وطالق وطالق معطوف على الاول ناقصا فيكون خبر الاول خبرا له كانه
قال انت طالق وانت طالق وانت طالق وهذه كلمات متفرقة فيكون الايقاع متفرقا ضرورة فيقتضي الوقوع
متفرقا وهو ان يقع الاول ثم الثاني ثم الثالث فان لم يكن المرأة مدخولا بها فوقوع الاول يمنع وقوع الثاني
والثالث عقيبه لانعدام الملك والعدة ولهذا لم يقع في التنجيز الا واحدة لكون الايقاع متفرقا الا ان
هناك اوقع متفرقا في الحال وههنا اوقع متفرقا الى زمان ما بعد الشرط ولا يلزم ما اذا قال لها ان دخلت
هذه الدار فانت طالق ثلاثا فدخلتها انه يقع الثلاث لان هناك ما اوقع الثلاث متفرقا بل اوقعها جملة
واحدة لان قوله انت طالق ثلاثا موضوع لعدد لغة الا ترى ان في التنجيز كذلك فكذا في التعليق ولا يلزم ما اذا
معلوم صح
اخر الشرط لانهم وضعوا هذا الكلام عند تاخير الشرط ذكر الايقاع الثلاث جملة وان كان متفرقا من
حيث الصورة لضرورة دعتهم الى ذلك وهي ضرورة تدارك الغلط لان الطلاق والعتاق مما يجري على
اللسان غلطا من غير قصد هم فوضعوا الشرط والاستثناء في الكلام لتدارك الغلط حتى اذا لم يكن ذلك

عن قصد الحق الوجل به الاستثناء فيقول ان شاء الله تعالى او يقول ان دخلت الدار فصار ههنا الكلام
عند تاخير الشرط لايقاع الثلاث جملة وضعا وان كان من حيث الصورة متفرقا لحاجتهم الى تدارك الغلط
وهم اهل اللسان فلهم ولاية الوضع والحاجة الى تدارك الغلط عند تاخير الشرط لا عند تقديمه فيجب العمل
بحقيقة الوضع الاخر عند التقديم ولا يلزم ما اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال في اليوم الثاني هذه صح
ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال في اليوم الثالث ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم دخلت الدار
انه يقع الثلاث وان كان الايقاع متفرقا لان هناك ما اوقع الثلاث متفرقا في زمان ما بعد الشرط لان
ذلك الكلام ثلاثة ايمان كل واحد منها جعلت علما على الانطلاق في زمان واحد بعد الشرط فكان زمان
ما بعد الشرط وهو دخول الدار وقت الحنث في الايمان كلها فيقع جملة ضرورة حتى لو قال لها ان دخلت هذه
الدار فانت طالق ثم قال لها في الثاني ان دخلت هذه الدار الاخرى فانت طالق ثم قال في اليوم الثالث اليوم صح
ان دخلت هذه الدار الاخرى فانت طالق لا يقع بكل دخلة الا طلاق واحد لان الموجود ثلاثة ايمان
لكل واحدة شرط على حدة بخلاف مسئلتنا فان الموجود يمين واحدة ولها شرط واحد وقد جعل الحالف
جزاء هذه اليمين ايقاعات متفرقة في زمان ما بعد الشرط فلا بد من تفرق الايقاعات في زمان ما بعد الشرط
فيقع كل جزاء في زمان كما في قوله ان دخلت هذه الدار فانت طالق واحدة بعدها اخرى بخلاف ما اذا قال ان دخلت
الدار فانت طالق ونصف لان هناك ما اوقع متفرقا بل مجتمعا لان قوله طالق ونصف اسم واحد لمسمى واحد
وان كان النصف معطوفا على الواحد كقولنا احد وعشرون ونحو ذلك فكان ذلك ايقاع تطليقتين
على الجمع ولهذا كان في التنجيز كذلك فكذلك في التعليق وبخلاف قوله ان دخلت الدار فانت طالق واحدة
لا بل ثنتين لان ذلك ايقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لانه اوقع الواحدة ثم تدارك الغلط باقامة
الثنتين مقام الواحدة والرجوع عن الاول والرجوع لم يصح لان تعليق الطلاق لا يحتمل الرجوع عنه وصح
ايقاع تطليقتين فكان ايقاع الثلاث بعد الشرط في زمان واحد كانه قال ان دخلت الدار فانت طالق
ثلاثا وههنا بخلافه واما قوله انه جمع بين الايقاعات بحرف الجمع وهو الواو فالجواب عنه من وجهين
احدهما ان الواو للجمع المطلق من غير التعرض لصفة القران والترتيب والجمع المطلق في الوجود لا يتصور
لانه لا يوجد الا مقيدا باحد وصفين فبعد ذلك حمله على القران يكون عدولا عن حقيقة الكلمة وجعلها
مجازا عن كلمة مع ونحن نحمله على الترتيب ونجعله مجازا عن كلمة ثم فوقع التعارض فسقط الاحتجاج بحرف
الواو مع ما ان الترجيح معنا من وجهين احدهما ان الحمل على الترتيب موافق للحقيقة لوجود الايقاع متفرقا
حقيقة لا يوجب حرف الواو والحمل على القران يخالف الحقيقة فكان الحمل على الترتيب اولى والثاني ان
الحمل على الترتيب يمنع من وقوع الثاني والثالث والحمل على القران يوجب الوقوع فلا يثبت الوقوع بالشك
على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا ووقع الشك في ثبوته لا يثبت بالشك بخلاف مسئلة الفضولي
فانه كما لا يجوز الجمع بين الاختين على المقارنة لا يجوز الجمع على الترتيب فامكن العمل بحرف الواو فيما يقتضيه
وهو الجمع المطلق وفي مسئلة الاقرار يوقف اول الكلام على اخره لضرورة تدارك الغلط والنسيان
اذ قد يكون على انسان حق لاثنين فيقر بكل الحق لاحدهما على السهو والغفلة ثم يتذكر فيتدارك
بهذه اللفظة فوقف اول الكلام على اخره وصارت الجملة اقرارا واحدا لهما للضرورة كما قلنا في تاخير الشرط

في الطلاق

في الطلاق ومثل هذه الضرورة في مسئلتنا منعدمة فيجب العمل بالحقيقة ولو علق بحرف الفاء بان قال
ان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فقد جعل الكرخي والطحاوي حرف الفاء ههنا كحرف الواو واثبتا
الخلاف فيه والفقيه ابو الليث جعله مثل كلمة بعد وعده مجمعا عليه فقال اذا كانت غير مدخول بها
لا يقع الا واحدة بالاجماع وهكذا ذكره الشيخ الامام الاجل الاستاذ علاء الدين تغمده الله برحمته في
الزيادات وهذا اقرب الى الفقه لان الفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الاول يمنع من تعقيب الثاني
والثالث ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق فالاول متعلق بالشرط والثاني يقع في الحال
ويلغو الثالث في قول ابي حنيفة كما اذا لم يذكر الواو ولا الفاء بان قال ان دخلت الدار فانت طالق طالق طالق
فان تزوج بها ودخلت الدار ولم يكن دخلت قبل ذلك الدار نزل المعلق وان كانت مدخولا بها يتعلق الاولى بالشرط
ويقع الثانية والثالثة في الحال فان دخلت الدار وهي في العدة او دخلها بعد ان راجعها نزل المعلق وقال
ابو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط حتى لا يقع شيء في الحال واذا دخلت الدار يقع واحدة وان كانت مدخولا
بها يقع الثلاث على التعاقب كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وبعدها واحدة وبعدها واحدة
وكما قال ابو حنيفة في حرف الواو ووجه قولهما انه عطف البعض على البعض بحرف العطف لان ثم حرف
العطف كالواو فيتعلق الكل ثم الوقوع بالشرط ثم الوقوع بعد الشرط يكون على التعاقب بمقتضى حرف ثم لانه للترتيب
مع التراخي فيعتبر ان معنى العطف في التعليق ومعنى الترتيب في الوقوع على ما نذكر ولابي حنيفة ان قوله
ان قوله ان دخلت الدار فانت طالق يمين تامة لوجود الشرط والجزاء وانها منعقدة لحصولها في الملك فلما قال
ثم طالق فقد تراخى الكلام الثاني عن الاول فصار كانه سكت ثم قال لها انت طالق فيقع في الحال ولا يتعلق
بالشرط وابو حنيفة يعتبر معنى الكلمة وهو التراخي في نفس الكلام فكان الفصل بين الكلام الاول والثاني
بالتراخي كالفصل بالسكوت على ما نذكر ولو اخر الشرط بان قال انت طالق وطالق وطالق ان دخلت
الدار او قال انت طالق فطالق فطالق ان دخلت الدار تعلق الكل بالشرط فان وجد الشرط يقع الثلاث
بالاجماع لان اهل اللغة وضعوا هذا الكلام عند تاخير الشرط لايقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد
الشرط لحاجتهم الى تدارك الغلط على ما بينا فيما تقدم ولو قال انت طالق ان دخلت الدار انت طالق
ان دخلت الدار انت طالق ان دخلت الدار وقدم الشرط بان قال ان دخلت الدار فانت طالق قال ذلك
ثلاثا يتعلق الكل بالدخول فما لم تدخل لا يقع شيء واذا دخلت الدار دخلة واحدة يقع الثلاث بالاجماع
لما ذكرنا ان هذه ايمان ثلاثة لها شرط واحد كل يمين ايقاع الطلاق في زمان واحد وهو ما بعد الشرط
فكان ايقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لا متفرقا فاذا وجد الشرط يقع جملة ولو قال انت
طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فالاول يقع في الحال ويلغو الثاني والثالث في قول ابي حنيفة وان الدار صح
كانت مدخولا بها يقع الاول والثاني في الحال ويتعلق الثالث بالشرط وقال ابو يوسف ومحمد يتعلق الكل
بالشرط ثم اذا وجد الشرط لا يقع الا واحدة وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث وذكر القاضي
في شرحه مختصر الطحاوي ان على قولهما يقع الثلاث سواء كانت مدخولا بها او غير مدخول بها وجعل
ثم عندهما في هذه الصورة كالواو ووجه قولهما على ظاهر الرواية عنهما ان ثم حرف عطف كالواو والفاء والفاء صح
ولها معنى خاص وهو التراخي فيجب اعتبار المعنيين جميعا فاعتبرنا معنى العطف في تعلق الكل بالشرط

كما في حرف الواو والفاء واعتبرنا معنى التراخي في الوقوع وهذا يمنع وقوع الثانية والثالثة قبل الدخول
بها وجه قول ابي حنيفة ان كلمة ثم موضوعة للتراخي وقد دخلت على الايقاع فيقتضي تراخي الثاني
عن الاول في الايقاع كانه قال انت طالق وسكت ثم قال وطالق وطالق ان دخلت الدار فيقع الاول
للحال ويلغو الثاني والثالث لانهما حصلا بعد ثبوت البينونة بالاول فلا يقعان في الحال ولا يتعلقان
بالشرط ايضا لانعدام الملك وقت التعليق فلم يصح التعليق فالحاصل انهما يعتبران معنى التراخي في
الوقوع لا في الايقاع وابو حنيفة يعتبر معنى التراخي في الايقاع واعتبار ابي حنيفة اولى لان كلمة التراخي
دخلت على الايقاع والتراخي في الايقاع يوجب التراخي في الوقوع لان الحكم يثبت على وفق العلة فاما القول
بتراخي الوقوع من غير تراخي الايقاع فقول باثبات حكم العلة على وجه لا يقتضيه العلة وهذا لا يجوز
وروي عن ابي يوسف فيمن قال لامراته انت طالق استغفر الله ان دخلت الدار موصولا او قال سبحان الله
والحمد لله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ويقع في القضاء في الحال لان هذا كلام لا تعلق له بالطلاق
فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط فيمنع التعليق كما لو سكت بينهما من غير ضرورة السعال فيقع في الحال
في القضاء ولا يصدق انه اراد به التعليق لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه
نوى ما يحتمله كلامه وكذا اذا تنحنح من غير سعال غشيه او تشاغل لانه لما تنحنح من غير ضرورة او تشاغل
فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه بالسكوت ولو قال انت طالق واحدة وعشرين او واحدة وثلاثين
او واحدة واربعين او قال احدا وعشرين او احدا وثلاثين او احدا واربعين وقعت ثلاثا في قول اصحابنا
الثلاثة وقال زفر لا يقع الا واحدة وجه قوله انه اوقع الثلاث متفرقا لانه عطف عددا على عدد فوقوع
الاول يمنع وقوع الثاني كما اذا قال لها انت طالق وطالق او فطالق ولنا ان قوله احدا وعشرين في الوضع كلام
واحد فانه اسم واحد وضع لمسمى واحد الا ترى انه لا يمكن ان يتكلم به الا على هذا الوجه فلا يفصل البعض
عن البعض كقوله انت طالق ثلاثا وعلى هذا الخلاف اذا قال انت طالق اثنين وعشرين او اثنين وثلاثين
او اثنين واربعين او قال اثني وعشرين او اثني وثلاثين او اثني واربعين انه ثلاث عندنا وعند زفر
اثنتان لما قلنا ولو قال انت طالق احدى عشرة او احد عشر فهو ثلاث في قولهم جميعا لانه كلام
واحد غير معطوف فكان جملة واحدة ولو قال انت طالق واحدة وعشرا او قال احدا وعشرة وقعت واحدة
بالاجماع لانه يمكن ان يتكلم به على غير هذا الوجه بان ياتي باللفظ المعتاد فيقول احدى عشرة او احد
عشر فاذا لم يقل يعتبر عطفا على الواحد فكان ايقاع العشرة بعد الواحد فلا يصح كما لو قال انت طالق
وطالق او فطالق او ثم طالق وذكر الكرخي عن ابي يوسف في احدى وعشرة انه ثلاث لانه يفيد ما يفيده
قولنا احد عشر فكان مثله ولو قال انت طالق واحدة ومائة او واحدة والف كان واحدة كذا روى الحسن عن
ابي حنيفة لانه كان يمكنه ان يتكلم به على غير هذا الوجه وهو ان يقول مائة وواحدة والف وواحدة
لان هذا هو المعتاد فاذا قدم الواحد فقد خالف المعتاد فلا يمكن ان يجعل الكل عددا واحدا فيجعل
عطفا فيمتنع وقوع ما زاد على الواحدة وقال ابو يوسف اذا قال واحدة ومائة يقع ثلاثا لان
التقديم والتاخير في ذلك معتاد الا ترى انهم يقولون في العادة مائة وواحدة وواحدة ومائة
على السواء ولو قال انت طالق واحدة ونصف يقع اثنتان في قولهم لان هذه جملة واحدة

عشر صح

الا

الا ترى انه لا يمكن ان يتكلم بها الا على هذا الوجه فكان هذا اسما لمسمى واحد والطلاق لا يتجزى
فكان ذكر بعضه ذكرا للكل فكان هذا ايقاع تطليقتين كانه قال لها انت طالق ثنتين ولو قال
طالق نصفا وواحدة يقع عليها ثنتان عند ابي يوسف وعند محمد واحدة له ان التكلم على هذا
الوجه غير معتاد بل العادة قولهم واحدة ونصف فاذا عدل عن المعتاد لم يمكن ان يجعل الكل عددا
واحدا فيجعل عطفا وابو يوسف يقول الاستعمال على هذا الوجه معتاد فانه يقال واحدة ونصف ونصف
وواحدة على السواء ومنها الاضافة الى المراة في صريح الطلاق حتى لو اضاف الزوج صريح
الطلاق الى نفسه بان قال انا منك طالق لا يقع الطلاق وان نوى وهذا عندنا وعند الشافعي
الاضافة الى المراة ليست بشرط وتصح الاضافة الى نفسه اذا نوى واجمعوا على انها ليست بشرط
في الكناية حتى لو قال لها انا منك باين او انا عليك حرام ونوى الطلاق يصح وجه قوله ان الزوج اضاف
الطلاق الى محله فيصح كما اذا قال لها انا منك باين او انا عليك حرام ودلالة الوصف ان محل الطلاق
المقيد لان التطليق رفع القيد والرجل مقيد اذ المقيد هو الممنوع والزوج ممنوع عن التزوج
باختها وعن التزوج بارابع سواها فكان مقيدا فكان محلا للطلاق ولهذا كان محلا لاضافة الكناية
المبينة اليه لما ان الابانة قطع الوصلة وانها باينة من جانبه كذا هذا ولنا الكتاب والسنة
والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن امر بتطليقهن والامر بالفعل نهي عن تركه وتطليق
نفسه ترك لتطليق امراته حقيقة لانه اضاف الطلاق الى نفسه لا الى امراته حقيقة فيكون منهيا
والمنهي غير مشروع والتصرف الذي ليس بمشروع لا يعتبر شرعا وهو تفسير عدم الصحة واما السنة
فما روى ابو داود في سننه باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تزوجوا ولا تطلقوا
فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن نهى عن التطليق مطلقا سواء كان مضافا الى الزوج او الى الزوجة
وكذا النهي بقوله فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن فظاهر الحديث يقتضي ان يكون التطليق منهيا
سواء اضيف الى الزوج او اليها ثم جاءت الرخصة في التطليق المضاف الى الزوجة في نصوص الكتاب
من قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله فان طلقها وقوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ونحو ذلك
فبقي التطليق المضاف الى الزوج على اصل النهي والمنهي غير مشروع والتصرف الشرعي اذا خرج من
ان يكون مشروعا لا وجود له شرعا فلا يصح ضرورة واما المعقول فهو ان قوله انا منك طالق اما
ان يعتبر اخبارا عن كونه طالقا كما يقتضيه ظاهر الصيغة واما ان يعتبر انشاء وهو اثبات الانطلاق
ولا سبيل الى الثاني لانه منطلق اذ ليس عليه قيد النكاح واثبات الثابت محال فتعين الاول وهو ان يكون
اخبارا عن كونه طالقا وهو صادق في هذا الاخبار والدليل على انه ليس عليه قيد النكاح وجهان احدهما
ان قيد النكاح في جانب المراة انما ثبت لضرورة تحقيق ما هو من مقاصد النكاح وهو السكن والنسب
لان الخروج والبروز يريب الزوج فلا يطمئن قلبه اليها واذا جاءت بولد لا يثق بكونه منه وهذه الضرورة
منعدمة في جانب الزوج فلا يثبت عليه قيد النكاح والثاني ان قيد النكاح هو ملك النكاح
وهو الاختصاص الحاجز والزوج مالك لان المراة مملوكة ملك النكاح والمملوك لا بد له من مالك

ولا ملك لغير الزوج فيها فعلم ان الزوج مالكها فاستحال ان يكون مملوكا بخلاف
ما اذا اضاف الطلاق اليها بان قال لها انت طالق لانه لا يمكن حمل هذه الصيغة على
الاخبار لانه يكون كذبا لكونها غير منطلقة لثبوت قيد النكاح عليها فيحمل على الانشاء وانه
ممكن لعدم الانطلاق قبله وبخلاف الكناية المبينة لان الابانة قطع الوصلة وانها ثابتة
في الطرفين فاذا زالت من احد الطرفين تزول من الطرف الاخر ضرورة لاستحالة اتصال شيء
بما هو منفصل عنه والتحريم اثبات الحرمة وانها لا تثبت من احد الجانبين لاستحالة ان يكون الشخص
حلالا لمن هو حرام له بخلاف الطلاق لانه اثبات الانطلاق ورفع القيد والقيد لم يثبت
الا من جانب واحد وانه قائم واما قوله الزوج ممنوع عن التزوج باختها واربع سواها فنعم
لكن ذلك لم يثبت بالنكاح لانه كان ثابتا قبله لان المنع من ذلك لكونه جمعا بين الاختين
في النكاح وهذا كان ثابتا قبل النكاح الا ترى لو تزوجها جميعا لم يجز وسواء كانت الاضافة
الى امراة معينة او مبهمة عند عامة العلماء حتى لو قال لامراتيه احديكما طالق وقال لاربع
نسوة له احديكن طالق ولم ينو واحدة بعينها صحت الاضافة وقال نفاة القياس لا يصح
اضافة الطلاق الا الى المعينة وجه قولهم ان المجهول لم يصلح محلا للنكاح فلا يصلح محلا
للطلاق اذ الطلاق يرفع ما ثبت بالنكاح وكذا لم يصلح محلا للبيع والهبة والاجارة وسائر التصرفات
فكذا الطلاق ولنا عمومات الطلاق من الكتاب والسنة من نحو قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن
وقوله الطلاق مرتان وقوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وقوله لا جناح
عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وقول النبي صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق
الصبي والمعتوه من غير فصل بين طلاق وطلاق وبين الطلاق المضاف الى المعين والمجهول
ولان هذا ليس بتنجيز الطلاق في الحقيقة بل هو تعليق من حيث المعنى بشرط البيان لما نذكر
والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط الا ترى انه يصح تعليقه بسائر الشروط فكذا بهذا الشرط
بخلاف النكاح فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يكون المجهولة محلا للنكاح وكذا البيع والاجارة
وسائر التصرفات وعلى هذا الوجه لا يكون هذا ايقاع الطلاق في المجهولة لانه تعليق بشرط
البيان فيقع الطلاق في المبنية لا في المجهولة على انا ان قلنا بالوقوع في المجهول كما قال بعضهم
فهذه جهالة يمكن رفعها بالبيان فالطلاق يحتمل خطر الجهالة الا ترى انه يحتمل خطر التعليق
والاضافة يحققه ان البيع يحتمل جريان الجهالة فانه اذا باع قفيزا من صبرة جاز وكذا اذا باع
احد شيئين على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهما شاء ويرد الاخر جاز فالطلاق اولى لانه في احتمال
الخطر فوق البيع الا ترى انه يحتمل خطر التعليق والاضافة والبيع لا يحتمل ذلك فلما جاز بيع المطلقة
حتى لا يحل له وطء واحدة منهن لان المقارن لما لم يمنع صحة الاضافة فالطاري لان لا يرفع
الاضافة الصحيحة اولى لان المنع اسهل من الرفع والله اعلم ومنها الاضافة الى جميع اجزائها
او الى جزء جامع منها او شايع وجملة الكلام انه لا خلاف انه اذا اضاف الطلاق الى جزء جامع

المجهول فالطلاق اولى وسواء كانت الجهالة مقارنة او طارية بان طلق واحدة من نسائه عينا ثم نسي صح

منها

منها كالرأس والوجه والرقبة والفرج انه يقع الطلاق لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع
البدن يقال فلان يملك كذا وكذا رأسا من الرقيق وكذا وكذا رقبة وقال الله تعالى او تحرير رقبة
والمراد بها الجملة وفي الخبر لعن الله الفروج على السروج والوجه يذكر ويراد به الذات
قال الله تعالى كل شيء هالك الا وجهه اي الا هو ومن كفل بوجه فلان يصير كفيلا بنفسه
فثبت ان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكان ذكرها ذكرا للبدن كانه قال انت طالق
وكذا اذا اضاف الى روحها لان قوام النفس بها ولان الروح يسمى نفسا قال الله تعالى الله
يتوفى الانفس حين موتها والتي لم تمت في منامها ولو اضاف الطلاق الى دبرها لا يقع
لان الدبر لا يعبر به عن جميع البدن بخلاف الفرج ولا خلاف ايضا في انه اذا اضاف الطلاق
الى جزء شايع منها بان قال نصفك طالق او ثلثك طالق او ربعك او جزء من الف جزء منك
انه يقع الطلاق لان الجزء الشايع محل للنكاح حتى تصح اضافة النكاح اليه فيكون محلا
للطلاق ولان الاضافة الى الجزء الشايع يقتضي ثبوت حكم الطلاق فيه واذا ثبت حكم
الطلاق فيه وانه شايع في جملة الاجزاء تعذر الاستمتاع بجميع البدن لما ان في الاستمتاع به
استمتاعا بالجزء الحرام فلم يكن في ابقاء النكاح فائدة فيزول ضرورة واختلف فيما اذا اضاف
الطلاق الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل والاصبع ونحوها
قال اصحابنا لا يقع الطلاق وقال زفر يقع وبه اخذ الشافعي وجه قولهما ان اليد
جزء منها فيصح اضافة الطلاق اليها كما لو اضاف الى الجزء الشايع منها والدليل على ان اليد
جزء من البدن ان البدن عبارة عن جملة اجزاء مركبة منها اليد فكانت اليد بعض
الجملة المركبة والاضافة الى بعض البدن اضافة الى الكل كما في الجزء الشايع ولنا قوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن امر الله تعالى بتطليق النساء والنساء جمع المراة والمراة اسم لجميع اجزائها والامر
بتطليق الجملة يكون نهيا عن تطليق جزء منها لا يعبر به عن جميع البدن لانه ترك لتطليق
جملة البدن والامر بالفعل نهي عن تركه والمنهي لا يكون مشروعا فلا يصح شرعا ولان قوله
يدك طالق اضافة الطلاق الى ما ليس بمحل الطلاق فلا يصح كما لو اضاف الطلاق الى خمارها
والدلالة على الوصف انه اضاف الطلاق الى يدها ويدها ليست بمحل للطلاق لوجهين احدهما
انها ليست بمحل للنكاح حتى لا يصح اضافة النكاح اليها فلا يكون محلا للطلاق لان الطلاق
رفع ما ثبت بالنكاح الا ترى انها لما لم يكن محلا للبيع لم يكن محلا للاقالة لانها فسخ ما ثبت بالبيع
كذا هنا والثاني ان محل الطلاق محل حكمه في عرف الفقهاء وحكم الطلاق زوال قيد النكاح
وقيد النكاح ثبت في جملة البدن لا في اليد وحدها لان النكاح اضيف الى جملة البدن ولا يتصور
القيد الثابت في جملة البدن في اليد وحدها فكانت الاضافة الى اليد وحدها اضافة الى ما ليس
محل الطلاق فلا يصح وهكذا نقول في الجزء الشايع انه لا يثبت الحكم في البدن بالاضافة الى الجزء
الشايع بل لمعنى آخر وهو عدم الفائدة في بقاء النكاح على ما مر بيانه او يضاف اليه لانه من ضرورات
الاضافة الى الجزء الشايع كمن قطع حبلا مملوكا له تعلق به قنديل غيره وههنا لا ضرورة لو ثبتت الحرمة

في الجزء المعين مقصوداً عليه لامكان الانتفاع بباقي البدن فكان بقاء النكاح مفيداً لكن
لا قائل به على ما عرف في الخلافيات وأما قوله اليد جزء من البدن فنقول ان سلم ذلك لكنه
جزء معين فلم يكن محلاً للطلاق بخلاف الجزء الشايع فانه غير معين وهذا لان الجزء اذا
كان شايعاً فما من جزء يشار اليه الا ويحتمل ان يكون هو المضاف اليه الطلاق فيتعذر الاستمتاع
بالبدن فلم يكن في بقاء النكاح فائدة بخلاف المعين على ما مر ومنها قبول العوض من المرأة
في احد نوعي الخلع وفي الطلاق على مال اذا لم يكن هناك قابل اخر سواها وأما الخلع فجملة الكلام
فيه ان الخلع نوعان خلع بعوض وخلع بغير عوض اما الذي هو بغير عوض فنحو ان قال
لامرأته خالعتك ولم يذكر العوض فان نوى به الطلاق كان طلاقاً والا فلا لانه من كنايات
الطلاق عندنا ولو نوى ثلاثاً كان ثلاثاً وان نوى اثنتين فهي واحدة عند اصحابنا الثلاثة
خلافاً لزفر بمنزلة قوله انت باين ونحو ذلك على ما مر واما الثاني فهو ان يكون مقروناً بالعوض
ذكراً بان قال خالعتك على كذا وذكر عوضاً واسم الخلع يقع عليهما الا انه عند الاطلاق ينصرف
الى النوع الثاني في عرف اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية وشرعية حتى لو قال لاجنبي
اخلع امرأتي فخلعها بغير عوض لم يصح وكذا لو خالعها على الف درهم فقبلت ثم قال الزوج لم انو
به الطلاق لم يصدق في القضاء لان ذكر العوض دلالة ارادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق في
العدول عن الظاهر بخلاف ما اذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ثم قال ما اردت به الطلاق انه
يصدق اذ لم يكن هناك دلالة حال تدل على ارادة الطلاق من غضب او ذكر الطلاق على ما ذكرنا في
الكنايات لان هذا اللفظ عند عدم ذكر العوض يستعمل في الطلاق وفي غيره فلا بد من النية لينصرف
الى الطلاق بخلاف ما اذا ذكر العوض لانه مع ذكر العوض لا يستعمل في العرف والشرع الا للطلاق
ثم الكلام في هذا النوع يقع في مواضع في بيان ماهيته وفي بيان كيفيته وفي بيان شرط صحته وفي بيان شرط
وجوب العوض وفي بيان قدر ما يحل للزوج اخذه منها من العوض وما لا يحل وفي بيان حكمه اما
الاول فقد اختلف في ماهية الخلع قال اصحابنا رحمهم الله هو طلاق وهو مروي عن عمر وعثمان رضي الله
عنهما وللشافعي قولان في قول مثل قولنا وفي قول ليس بطلاق بل هو فسخ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
وفائدة الاختلاف انه اذا خالع امرأته ثم تزوجها تعود اليه بطلاقين عندنا وعنده بثلاث تطليقات
حتى لو طلقها بعد ذلك تطليقتين حرمت عليه حرمة غليظة عندنا وعنده لا يحرم الا بثلاث واحتج
الشافعي بظاهر قوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها ذكر الطلاق مرتين ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح
عليهما فيما افتدت به ثم ذكر الطلاق ايضا بقوله فان طلقها فلو جعل الخلع طلاقا لازداد عدد الطلاق
على الثلاث وهذا لا يجوز ولان الفرقة في النكاح قد تكون بالطلاق وقد تكون بالفسخ كالفرقة بعدم
الكفاءة وخيار العتاقة والردة واباء الاسلام ولفظ الخلع دليل الفسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل
فلا يكون طلاقا ولنا ان هذه فرقة بعوض حصلت من جهة الزوج فيكون طلاقا كما لو قال لها طلقتك
على الف درهم فقبلت وقوله الفرقة في النكاح قد تكون من طريق الفسخ مسلم لكن ضرورة لا مقصوداً اذ
النكاح لا يحتمل الفسخ مقصوداً عندنا لان وجوده ثبت مع قيام المنافي للجواز وهو الحرية في الحرة وقيام صح

ملك

ملك اليمين في الامة على ما عرف الا ان الشرع اسقط اعتبار المنافي والحقه بالعدم لحاجة
الناس اليه وحاجتهم تندفع بالطلاق بعوض وبغير عوض وبانفساخه ضرورة ولا
حاجة الى الفسخ مقصوداً فلا يسقط اعتبار المنافي في حق الفسخ مقصوداً والانفساخ
فيما ذكرنا من المواضع ما ثبت مقصوداً بل ضرورة ولا كلام فيه ولان لفظ الخلع يدل
على الطلاق لا على الفسخ لانه مأخوذ من الخلع والنزع اخراج الشيء من الشيء في اللغة قال ٢ من الخلع وهو
الله تعالى ونزعنا ما في صدورهم من غل اي اخرجنا وقال تعالى ونزع يده اي اخرجها
من جيبه فكان معنى قوله خلعها اي اخرجها عن ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن
وفسخ النكاح رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن راساً فلا يتحقق فيه معنى الاخراج
واثبات حكم الشيء على وجه يدل عليه اللفظ لغة اولى ولان فسخ العقد لا يكون
الا بالعوض الذي وقع عليه العقد كالاقالة في باب البيع والخلع على ما وقع عليه
النكاح وعلى غيره جائز فلم يكن فسخا واما الاية فلا حجة له فيها لان ذكر الخلع يرجع
الى الطلاقين المذكورين الا انه ذكرهما بغير عوض ثم ذكرهما بعوض ثم ذكر
الثالث بقوله فان طلقها فلم يلزم الزيادة على الثلاث بل يجب حمله على هذا
لئلا يلزمنا القول بتغيير المشروع مع ما انه قد قيل ان معنى قوله تعالى فان طلقها اي الثالثة
وبين حكم الطلقات الثلاث بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلا يلزم من جعل
الخلع طلاقا شرع الطلقة الرابعة والله اعلم واما بيان كيفية هذا النوع فنقول له كيفيتان
احداهما انه طلاق باين لانه من كنايات الطلاق وانها بواين عندنا ولانه طلاق بعوض
وقد ملك الزوج العوض بقبولها فلا بد وان تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة ولا
تملك نفسها الا بالبائن فيكون طلاقا باينا ولانها انما بذلت العوض لتخليص نفسها عن حبالة الزوج
ولا تتخلص الا بالباين لان الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي فلا تتخلص بل يذهب مالها
بغير شيء وهذا لا يجوز فكان الواقع باينا والثانية انه من جانب الزوج يمين وتعليق
الطلاق بشرط وهو قبولها العوض ومن جانبها معاوضة المال وهو تمليك المال
بعوض حتى لو ابتدأ الزوج الخلع فقال خالعتك على الف درهم لا يملك الرجوع عنه
ولا فسخه ولا نهي المرأة عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها ولا يشترط
حضور المرأة بل يتوقف على ما وراء المجلس حتى لو كانت غايبة فبلغها فلها القبول
لكن في مجلسها لانه في جانبها معاوضة المال لما نذكر وله ان يعلقه بشرط ويضيفه
الى وقت نحو ان يقول اذا قدم زيد فقد خالعتك على الف درهم او يقول خالعتك على
الف درهم غدا او راس شهر كذا والقبول اليها بعد قدوم زيد وبعد مجيء الوقت حتى
لو قبلت قبل ذلك لا يصح لان التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت تطليق عند وجود
الشرط والوقت فكان قبولها قبل ذلك هدرا ولو شرط الخيار لنفسه بان قال خالعتك
على الف درهم على اني بالخيار ثلاثة ايام لم يصح الشرط وصح الخلع اذا قبلت وان كان

الا بتدا من المراة بان قالت اختلعت نفسي منك بالف درهم فلها ان ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه ايضا ولا يقف على ما وراء المجلس بان كان غايبا حتى لو بلغه وقبل لم يصح ولا يتعلق بشرط ولا ينضاف الى وقت ولو شرط الخيار لها بان قال خالعتك على الف درهم على انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت جاز الشرط عند ابي حنيفة ويثبت لها الخيار حتى انها لو اختارت في المدة وقع الطلاق ووجب المال وعند ابي يوسف ومحمد شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم وانما اختلف الجانبان في كيفية هذا النوع لانه طلاق عندنا ومعلوم ان المراة لا تملك الطلاق بل هو ملك الزوج لا ملك المراة فانما يقول الزوج وهو قوله خالعتك فكان ذلك منه تطليقا الا انه علقه بالشرط والطلاق يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولا يحتمل شرط الخيار بل يبطل الشرط ويصح الطلاق واما في جانبها فانه معاوضة المال لانه تمليك المال بعوض وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه وما ذكرنا من احكامها الا ان ابا يوسف ومحمد يقولان في مسئلة الخيار ان الخيار انما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ لانه طلاق عندنا وجواب ابي حنيفة رحمه الله عن هذا ان عمل الخيار في منع انعقاد العقد في حق الحكم على اصل اصحابنا فلم يكن العقد منعقدا في حق الحكم للحال بل موقوفا علمنا الى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم على ما عرف في مسايل البيوع والله اعلم **واما ركنه** فهو الايجاب والقبول لانه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا تستحق العوض بدون القبول بخلاف النوع الاول فانه اذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق يقع الطلاق عليها سواء قبلت او لم تقبل لان ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر الى القبول وحضرة السلطان ليست بشرط لجواز الخلع عند عامة العلماء فيجوز عند غير السلطان وروي عن الحسن البصري وابن سيرين انه لا يجوز الا عند السلطان والصحيح قول العامة لما روي ان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم جوزوا الخلع دون السلطان ولان الخلع ثم الخلع ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي في اللغة وهل ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل وهو الامر والاستفهام فجملة الكلام فيه ان العقد لا يخلو اما ان يكون بلفظ الخلع او بلفظ البيع والشرا وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون بصيغة الامر او بصيغة الاستفهام فان كان بلفظ الخلع على صيغة الامر يتم اذا كان البدل مذكورا معلوما بلا خلاف بان قال لها اخلعي نفسك مني بالف درهم فتقول خلعت وان لم يكن البدل مذكورا من جهة الزوج بان قال لها اخلعي نفسك مني فقالت خلعت بالف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج خلعت والفرق ان الامر بالخلع ببدل معلوم توكيل لها والواحد يتولى الخلع من الجانبين وان كان هذا النوع معاوضة والواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع لان الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة به ولا تنافي ههنا لان الحقوق في باب الخلع لا ترجع الى الوكيل ولهذا جاز ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب النكاح وفي الجملة الاولى

لايمكن

وان ردت لايقع الطلاق ولا يلزمها المال م

تبع م

ولا يحتمل الرجوع والفسخ ولا يتقيد بالمجلس ويقف على الغائب عن المجلس ص

بلفظ م

لا يمكن جعل الامر بالخلع توكيلا لجهالة البدل فلم يصح التوكيل فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستبدا ومستنقصا وهذا لا يجوز وان كان بصيغة الاستفهام بان قال الزوج لها اخلعت نفسك مني بالف درهم فقالت خلعت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقبل الزوج وبعضهم فصل فقال ان نوى به التحقيق يتم وان نوى به السوم لا يتم لان قوله اخلعت نفسك مني يحتمل السوم بل ظاهره للسوم لان معناه اطلب منك ان تخلعي نفسك مني فلا ينصرف الى التحقيق الا بالنية فاذا نوى يصير بمعنى التوكيل الامر وان كان بلفظ البيع والشرا بان قال الزوج لها اشتري نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بان قال بالف درهم ونحو ذلك فقالت اشتريت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله وقال ابو بكر الاسكاف يتم ويقع الطلاق وقال لا يتم الا اذا اراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا في لفظ الخلع والفرق بين الاستفهام والامر على نحو ما بينا انها بالامر صارت وكيلة اذ الامر بالخلع توكيل به اذا كان البدل مقدرا والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع ولم يوجد الامر ههنا فلم يوجد التوكيل فبقي الشخص الواحد في عقد المعاوضة مستبدا ومستنقصا وهذا لا يجوز وان لم يذكر البدل بان قال لها ابتغت نفسك مني فقالت ابتغت لا يتم ما لم يقل الزوج بعت لانه لا يتم في الامر فلان لا يتم في الاستفهام اولى وسواء كان القبول منها او من اجنبي بعد ان كان من اهل القبول لانها لو قبلت بنفسها يلزمها البدل من غير ان تملك بمقابلته شيئا وفي هذا المعنى المراة والاجنبي سواء فان بدل الخلع يلزم الاجنبي من غير ان يملك بمقابلته شيئا بخلاف ما اذا اشترى لانسان شيئا على ان البدل عليه ان ذلك لا يجوز لان هناك الاجنبي ليس في معنى المشتري لان المشتري يملك بمقابلة البدل شيئا والاجنبي لا فلا يجوز ايجابه على من لا يملك بمقابلته شيئا والحاصل ان الاجنبي اذا قال للزوج اخلع امراتك على الف على اني ضامن لك الالف او قال على الف هو علي او قال على الفي هذه او عبدي هذا او على هذين العبدين ففعل صح الخلع واستحق المال ولو قال على الف ولم يزد عليه وقف على قبول المراة ولو خلع ابنته وهي صغيرة على مالها ذكر في الجامع الصغير انه لا يجوز ولم يبين انه لا يجوز الخلع راسا ولا يجب البدل على الصغيرة واختلف مشايخنا منهم من قال معناه اي لا يجب عليها البدل فاما الطلاق فواقع ومنهم من قال معناه انه لا يقع الطلاق ولا يجب المال عليها وذكر الطحاوي في اختلاف العلما انه يقع وقيل في الخلاف انه لا يقع الطلاق عند اصحابنا وقيل في المسئلة روايتان والحاصل انه لا خلاف في انه لا يجب المال عليها لان الخلع في جانبها معاوضة المال بما ليس بمال والصغيرة تتضرر به وتصرف الاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالهبة والصدقة ونحو ذلك وانما الاختلاف في وقوع الطلاق **وجه** القول الاول ان صحة الخلع لا تقف على وجوب العوض فان الخلع يصح على ما لا يصلح عوضا كالميتة والدم والخنزير والخمر ونحو ذلك فلم يكن من ضرورة عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق **وجه** القول الثاني ان الخلع مني وقع على بدل هو مال يتعلق

اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقل الزوج بعت والاول اصح لانه اذا ذكر بدلا معلوما صح الامر والتوكيل والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع لما بينا وكذلك اذا قال لها بالفارسية خويشتن را از من بخر بهزار درم بايكا بعد وعدة عدت كه واجب شود از بس طلاق فقالت خريدم فهو على ما بينا وان لم يذكر البدل بان قال لها اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت وكذا اذا قال بالفارسية خويشتن را از من بخر فقالت خريدم ولم يقل الزوج فروختم لا يتم الخلع ولا تطلق حتى يقول الزوج فروختم فرق بين هذا وبين ما اذا قال لها بلفظ الخلع اخلعي نفسك مني ونوى الطلاق فقالت خلعت انها تطلق لان قوله لها اخلعي نفسك مع نية الطلاق امر لها بالطلاق بلفظ الخلع وانما علقت الطلاق بامر الزوج وتوكيله فصح التوكيل ولا ارتضى تولي الخلع من الجانبين وقوله لها اشتري نفسك او خويشتن را از من بخر بالخلع بعوض والعوض غير مقدر فلم يصح الامر فان كان بلفظ الاستفهام بان قال لها ابتغت نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بان قال بالف درهم او قال بمهرك ونفقة عدتك فقالت ابتغت ٣

حتى يقع الطلاق قد و ابو الحسن

وقوع الطلاق بقبول يجب به المال وقبول الاب لا يجب به المال لانه ليس له ولاية القبول على الصغيرة
لكونه ضررا بها فان خلعها الاب على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لما ذكرنا ان من شرط
صحة الخلع في حق وقوع الطلاق ووجوب البدل قبول ما يصلح بدلا ممن هو اهل القبول والمراة والاب
والاجنبي في هذا سوا لما بينا واما شرط وجوب العوض وهو المسمى في عقد الخلع فله شرطان احدهما
قبول العوض لان قبول العوض كما هو شرط وقوع الفرقة من جانبه فهو شرط لزوم العوض من جانبها
لما ذكرنا سوا كان العوض المذكور في الخلع مهرها الذي استحقته بعقد النكاح من المسمى ومهر المثل
او مالا اخر وهو المسمى بالجعل فهذا الشرط يعم العوضين جميعا والثاني يخص الجعل لان ما يصلح عوضا
في النكاح يصلح عوضا في الخلع من طريق الاولى وليس كل ما يصلح عوضا في الخلع يصلح عوضا في النكاح
لان باب الخلع اوسع اذ هو يحتمل جهالة لا يتحملها النكاح على ما نذكر لذلك اختصت وجوب
المسمى فيه بشرط لم يشترط في النكاح لوجوب المسمى وهو تسمية مال متقوم موجود وقت الخلع
معلوم او مجهول جهالة قليلة او كثيرة اذا لم يكن متفاحشا فان وجد هذا الشرط وجب الجعل
والا فلا يجب ولكن يجب عليها رد ما استحقته من المسمى او مهر المثل بعقد النكاح بيانه ان كان المسمى
مالا متقوما يجب وان كان معدوما وقت الخلع او مجهولا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس
وما يجري مجراها وان لم يكن المسمى مالا متقوما فلا شي عليها اصلا وتقع الفرقة ثم الجعل في الخلع
ان كان مما يصح تسميته مهرا في النكاح فحكمه حكم المهر اعني ان المسمى في النكاح ان كان مما يجبر الزوج
على تسليم عينه الى المراة ففي الخلع تجبر المراة على تسليم عينه الى الزوج وان كان مما يخير
الزوج بين تسليم الوسط منه وبين تسليم قيمته ففي الخلع تخير المراة كالعبد والفرس
ونحو ذلك لان المسمى في العقدين جميعا عوض عن ملك النكاح الا ان في احدهما عوض عنه
ثبوتا وفي الاخر سقوطا فيعتبر احد العقدين بالاخر في هذا الحكم والقيمة فيما يجب الوسط منه
اصل لان كونه وسطا يعرف بها على ما مر في كتاب النكاح وبيان هذه الشرايط في مسايل اذا
خلع امراته على ميتة او دم او خمر او خنزير وقعت الفرقة ولا شي له على المراة من الجعل ولا
ترد من مهرها شيا اما وقوع الفرقة فلان الخلع بعوض معلق بقبول المراة ما جعل عوضا ذكرا او
تسمية سوا كان المسمى مما يصلح عوضا او لا لانه من جانب الزوج تعليق الطلاق بقبولها شرط القبول وقد قبلت فصار كانه صرح بتعليق الطلاق ه
العوض المذكور فقبلت ولو كان كذلك لوقع الطلاق اذا قبلت كذا هذا واما عدم وجوب
شي له على المراة فلان الخلع طلاق والطلاق قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض والميتة والدم
ليست بمال في حق احد ولا تصلح عوضا والخمر والخنزير لا قيمة لهما في حق المسلمين فلم يصلحا عوضا
في حقهم فلم يصح تسمية شي من ذلك فاذا خلعها عليه فقد رضي بالفرقة بغير عوض فلا يلزمها شي ولان
الخلع من جانب الزوج اسقاط الملك واسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض
كالاعتاق فاذا ذكر ما لا يصلح عوضا اصلا او ما لا يصلح عوضا في حق المسلمين فقد رضي بالاسقاط
بغير عوض فلا يستحق عليها شيا ولان منافع البضع عند الخروج عن ملك الزوج غير متقومة
لان المنافع في الاصل ليست باموال متقومة الا انها جعلت متقومة عند المقابلة بالمال
المتقوم

المتقوم فعند المقابلة بما ليس بمال متقوم تبقى على الاصل ولانها انما اخذت حكم التقوم في باب
النكاح عند الدخول في ملك الزوج احتراما لها تعظيما للادمي لكونها سببا لحصوله فجعلت متقومة
شرعا صيانة لها عن الابتذال والحاجة الى الصيانة عند الدخول في الملك لا عند الخروج
عن الملك لان بالخروج يزول الابتذال فلا حاجة الى التقويم فتبقى على الاصل وحصل الفرق بما ذكرنا
بين الخلع على هذه الاشيا وبين النكاح عليها لان هناك يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع الا
بعوض لما ذكرنا في مسايل النكاح والمذكور لا يصلح عوضا فالتحق ذلك بالعدم ووجب العوض
الاصلي وهو مهر المثل فاما الخلع فالعوض فيه غير لازم بل هو مشروع بعوض وبغير عوض فلم
تكن ضرورة صحته لزوم العوض وكذا النكاح تمليك البضع بعوض والخلع اسقاط الملك
بعوض وغير عوض وكذا منافع البضع عند الدخول اعطي لها حكم المتقوم شرعا لكونها وسيلة
الى حصول الادمي المكرم والخلع ابطال معنى التوسل فلا يظهر معنى التقوم فيه ولو خلعها على شي
اشارت اليه مجهول فقالت على ما في بطون غنمي او نعمي من ولد او على ما في ضروعها من لبن
او على ما في بطن جاريتي من ولد او على ما في نخلي او شجري من ثمر فان كان هناك شي فهو له عندنا
وقال الشافعي لا شي له **وجه** قوله ان الجنين في البطن واللبن في الضرع لا يصلح عوضا في الخلع
لانه غير مقدور التسليم ولهذا لم يصلح عوضا في النكاح كذا في الخلع والدليل عليه انه لا
يجوز بيعه والاصل عنده ان كل ما لا يجوز بيعه لا يصلح عوضا في الخلع **ولنا** الفرق بين الخلع
وبين النكاح وهو ان باب الخلع اوسع من باب النكاح الا ترى انه لو خلعها على عبد ابق صحت
التسمية ولو تزوجها عليه لم تصح التسمية فتصح اضافته الى ما هو مال متقوم موجود كما تصح
اضافته الى العبد الابق بل اولى لان ذلك له خطر الوجود والعدم وهذا موجود وبهذا
تبين ان القدرة على تسليم البدل ليست بشرط في الخلع فانه جاز على العبد الابق والقدرة
على تسليمه غير ثابتة بخلاف البيع فان القدرة على تسليم المبيع شرط وان لم يكن هناك شي ردت
عليه ما استحقت بعقد النكاح لانها لما سمت مالا متقوما فقد غرته بتسمية المال المتقوم فصارت
ملتزمة تسليم مال متقوم ضامنة له ذلك والزوج لم يرض بزوال ملكه الا بعوض هو مال
متقوم وقد تعذر عليه الوصول اليه لعدمه ولا سبيل له الى الرجوع الى القيمة المذكورة لها
ولا الى قيمة البضع لما لا قيمة للبضع عند الخروج عن الملك لما ذكرنا فوجب الرجوع الى ما قوم
البضع به على الزوج عند الدخول وهو ما استحقته المراة من المسمى او مهر المثل وكذلك اذا
قالت على ما في بيتي من متاع انه ان كان هناك متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بالمهر لانها غرته
بتسمية مال متقوم فيلزمها ضمان الغرور وهو رد المهر المستحق لما قلنا ولو قالت على ما في بطن
غنمي او ضروعها او على ما في نخلي او شجري ولم ترد على ذلك فان كان هناك شي فهو له لان التسمية او بيتي ل
وقعت على مال متقوم موجود لكنه مجهول لكن الجهالة ليست بمتفاحشة فلا تمنع استحقاق
المسمى وان لم يكن هناك شي فلا شي له لانعدام تسمية مال متقوم لانها ذكرت ما في بطنها
وقد يكون في بطنها مال متقوم وقد لا يكون فلم تصر به غارة زوجها بل الزوج هو

بيع

الذي عن نفسه والرجوع بحكم الغرور ولا غرور منها فلا يرجع عليها بشيء ولو قالت اخلعني
على ما في نخلي او شجري من ثمر او على ما في بطون غنمي او على ما ترثه العام او اكسبه او ما استغل من
عقاري فقبل الزوج وقعت الفرقة وعليها ان ترد ما استحقت من المهر وان ولدت الغنم
او اثمر النخل او الشجر اما وقوع الفرقة فان ذلك يقف على قبول ما يصلح عوضا صحت تسميته عوضا
او لا واما وجوب رد المستحق فلانه لا سبيل الى استحقاق المسمى لكونه معدوما وقت الخلع
يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد واستحقاق المعدوم الذي له خطر الوجود والعدم في حق منها
عقد المعاوضة لم يرد الشرع به وورد بتحمل الجهالة اذا لم يختلف المعقود في قدر ما يتحمل الا الا
في احتمال السعة والضيق ولا سبيل الى اهدار التسمية راسا لانها سميت مالا متقوما فلزم
الرجوع الى المهر المستحق بعقد النكاح ولو قالت اخلعني على ما في يدي من دراهم او دنانير او
فلوس فان كان في يدها شيء من ذلك فهو له قل او كثر لانها سمت مالا متقوما والمسمى موجود
فصحت التسمية وان كان المسمى مجهول القيمة فله ما في يدها من الجنس المذكور قل او كثر لانه
ذكر باسم الجمع فيتناول الثلاث فصاعدا وان لم يكن في يدها شيء او كان اقل من ثلاثة فعليها
من كل صنف سمته ثلاثة وزنا في الدراهم والدنانير وعددا في الفلوس لوجود تسمية المال
المتقوم لان الدراهم والدنانير والفلوس اموال متقومة والمذكور بلفظ الجمع واقل الجمع الصحيح
ثلاثة فينصرف اليها ويتعين المسمى كما في الوصية بالدراهم بخلاف النكاح والعتق فانه اذا تزوج
امراة على ما في يده من الدراهم وليس في يده شيء يجب مهر المثل ولو اعتق عبده على ما في يده
من الدراهم وليس في يده شيء يجب عليه قيمة نفسه لان منافع البضع ليست متقومة عند الخروج
عن الملك فلا يشترط كون المسمى معلوما واعتبر المسمى مع جهالته في نفسه وحمل على المتيقن بخلاف
النكاح لان منافع البضع عند الدخول في الملك متقومة وكذا العبد متقوم في نفسه فلا
ضرورة الى اعتبار المسمى المجهول ولو قالت على ما في يدي ولم تزد عليه فان كان في يدها شيء
فهو له لان التسمية وقعت على مال متقوم موجود فصحت واستحق عليها ما في يدها قل او كثر لان
كلمة ما عامة فيما لا يعلم وان لم يكن في يدها شيء فلا شيء له لانه اذا لم يكن في يدها شيء فلم
توجد تسمية مال متقوم لانها سمت ما في يدها مال متقوم وقد لا يكون فلم يوجد شرط وجوب
شيء فلا يلزمها شيء ولو اختلعت الامة من زوجها على جعل بغير اذن مولاها وقع الطلاق ولا
شيء عليها من الجعل حتى تعتق اما وقوع الطلاق فلانه يقف على قبول ما جعل عوضا وقد وجد
واما وجوب الجعل بعد العتق فلانها سمت مالا متقوما موجودا وهو معلوم ايضا
وهي من اهل التسمية فصحت التسمية الا انه تعذر الوجوب للحال لحق المولى فيتاخر الى ما
بعد العتاق فان كان باذن المولى لزمها الجعل ويباع فيه لانه دين ظهر في حق المولى
فيباع فيه كسائر الديون وكذلك المكاتبة اذا اختلعت من زوجها على جعل يجوز الخلع
ويقع الطلاق ويتاخر الجعل الى ما بعد العتاق وان اذن لها المولى لان رقبتها لا تحتمل
البيع فلا تحتمل تعليق الدين ولو خلع امراته على رضاع ابنه او خلع امراته على رضاع ابنه

منها

فلما ذكرنا صح

منها صح

عليه صح



وقد يكون في يدها دراهم

منها سنتين جاز الخلع وعليها ان ترضعه سنتين فان مات ابنه قبل ان ترضعه شيئا يرجع عليها بقيمة
ما بقي لان الرضاع مما يصح الاستئجار عليه قال الله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن فيصح
ان يجعل جعلا في الخلع وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض اختلعت عليه فهلك في يدها قبل
التسليم فيرجع الى قيمته ولو شرط عليها نفقة الولد في الحولين وضرب لذلك اجلا اربع سنين
او ثلاث سنين فذلك باطل وان هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شيء عليها لان النفقة ليس لها
مقدار معلوم فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شيء ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا ولو اختلعت
في مرضها فهو من الثلث لانها متبرعة في قبول البدل فيعتبر من الثلث فان ماتت في العدة فله الاقل
من ذلك ومن ميراثه منها ولو خالعها على حكمه او حكمها او حكم اجنبي فعليها المهر الذي استحقته بعقد
النكاح لان الخلع على الحكم خلع بتسمية فاسدة لتفاحش الجهالة والخطر ايضا فلم تصح التسمية
فلا يستحق المسمى فيرجع عليها بالمهر ولان الخلع على الحكم خلع على ما يقع به الحكم ولا يقع الحكم الا بمال
متقوم عادة فكان الخلع على الحكم خلعا على مال متقوم فقد غرته بتسمية مال متقوم الا انه لا
سبيل الى استحقاق ما يقع به الحكم لكونه مجهولا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس فيرجع الى ما
استحقته من المهر ثم ينظر ان كان الحكم الى الزوج فان حكم بمقدار المهر تجبر المراة على تسليم
ذلك لانه حكم بالقدر المستحق وكذلك ان حكم باقل من مقدار المهر لانه حط بعضه فهو يملك
حط بعضه لانه يملك حط الكل فالبعض اولى وان حكم باكثر من المهر لم يلزمها الزيادة لانه
حكم لنفسه باكثر من القدر المستحق فلا يصح الا برضاها وان كان الحكم اليها فان حكمت بقدر المهر
جاز ذلك لانها حكمت بالقدر المستحق وكذلك ان حكمت باكثر من قدر المهر لانها حكمت على نفسها بالزيادة
وهي تملك بذل الزيادة وان حكمت باقل من المهر لم يجز الا برضى الزوج لانها حطت بعض ما عليها
وهي لا تملك حط ما عليها وان كان الحكم الى الاجنبي فان حكم بقدر المهر جاز وان حكم بزيادة او
نقصان لم تجز الزيادة الا برضى المراة والنقصان الا برضى الزوج لان في الزيادة ابطال حق المراة
وفي النقصان ابطال حق الزوج فلا يجوز من غير رضى صاحب الحق ولو اختلفا في جنس ما وقع عليه
الطلاق او نوعه او قدره او وصفه فالقول قول المراة وعلى الزوج البينة لان قبول البدل الى المراة فالزوج
يدعي عليها شيئا وهي تنكر فكان القول قولها ولو قال لها طلقتك امس على الف درهم او بالف درهم فلم
تقبلي فقالت لا بل كنت قبلت فالقول قول الزوج وفرق بين هذا وبينما اذا قال لانسان بعتك هذا
العبد امس بالف درهم فلم تقبل فقال لا بل قبلت ان القول قول المشتري ووجه الفرق ان
الزوج في مسئلة الطلاق لم يصر مناقضا في قوله فلم تقبلي لان قول الرجل لامراته طلقتك امس على الف
يسمى طلاقا على الف قبلت المراة او لم تقبل فلم يكن الزوج في قوله فلم تقبلي مناقضا بخلاف البيع
لان الايجاب بدون القبول لا يسمى بيعا فكان الاقرار بالايجاب اقرارا بالقبول فصار البايع
مناقضا في قوله فلم تقبل ولان المراة في باب الطلاق تدعي وقوع الطلاق لانها تدعي وجود
شرط الوقوع والزوج ينكر الوقوع لانكاره شرط الوقوع فكان القول قول المنكر والله الموفق
واما بيان قدر ما يحل للزوج من اخذ العوض وما لا يحل فجملة الكلام فيه ان النشوز اما ان

الرضاع المدة وان مات في بعض المدة رجع عليها بقيمة

بعد

او وصفه صح

امس صح

كان من قبل الزوج واما ان كان من قبل المراة فان كان من قبل الزوج فلا يحل له اخذ شي من العوض
على الخلع لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احديهن قنطارا فلا تاخذوا
منه شيا نهى عن اخذ شي مما اتاها من المهر واكد النهي بقوله اتاخذونه بهتانا واثما مبينا
وقوله ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن الا ان ياتين بفاحشة مبينة اي الا ان ينشزن
نهى الازواج عن اخذ شي مما اعطوهن واستثنى حال نشوزهن وحكم المستثنى بخلاف حكم المستثنى
منه فيقتضي حرمة اخذ شي مما اعطوهن عند عدم النشوز منهن وان كان النشوز من قبلها
فلا باس بان ياخذ منها قدر المهر لقوله تعالى الا ان ياتين بفاحشة مبينة اي الا ان ينشزن
والاستثنا من النهي اباحة من حيث الظاهر وقوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به قيل اي
لا جناح على الزوج في الاخذ وعلى المراة في الاعطا واما الزيادة على قدر المهر ففيها
روايتان ذكر في كتاب الطلاق انها مكروهة وهكذا روي عن علي رضي الله عنه انه كره
للزوج ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وهو قول الحسن البصري وسعيد بن المسيب وسعيد
ابن جبير وطاوس وذكر في الجامع الصغير انها غير مكروهة وهو قول عثمان البتي وبه اخذ
الشافعي وجه هذه الرواية ظاهر قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به رفع الجناح
عنهما في الاخذ والاعطا من غير فصل بينهما اذا كان مثل المهر او زيادة عليه فيجب العمل
باطلاق النص ولانها اعطت مال نفسها بطيبة من نفسها وقد قال الله تعالى فان طبن لكم عن
شي منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا بخلاف ما اذا كان النشوز من قبله لان النشوز اذا كان
من قبل الزوج كانت هي مجبورة في دفع المال لان الظاهر انها مع رغبتها في الزوج لا تعطي الفدا
الا اذا كانت مضطرة من جهته باسباب او معذرة بانواع التعزير والتزوير فكره الاخذ
وجه رواية الاصل قوله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيا الا ان يخافا الا يقيما
حدود الله الى قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به نهى عن اخذ شي مما اعطاها من المهر واستثنى
القدر الذي اعطاها من المهر عند خوفهما ترك اقامة حدود الله على ما ذكرنا والنهي عن اخذ شي
من المهر نهي عن اخذ الزيادة على المهر من طريق الاولى كالنهي عن التافيف انه يكون نهيا عن الضرب
الذي هو فوقه بالطريق الاولى وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لامراة ثابت بن
قيس بن شماس اتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال اما الزيادة فلا نهى عن الزيادة
مع كون النشوز من قبلها وبه تبين ان المراد من قوله فيما افتدت به قدر المهر لا الزيادة عليه
وان كان ظاهره عاما عرفنا ذلك ببيان النبي صلى الله عليه وسلم الذي هو وحي غير متلو
والدليل عليه ايضا قوله تعالى في صدر الاية ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيا وذكر في اول
الاية ما اتاها فكان المذكور في اخرها وهو قوله فيما افتدت به مردودا الى اولها فكان المراد
من قوله فيما افتدت به اي مما اتاها ونحن به نقول اي يحل له قدر ما اتاها واما قوله انها اعطته
مال نفسها بطيبة من نفسها فنعم لكن ذاك دليل الجواز وبه نقول ان الزيادة جايزة في الحكم
والقضا لان الخلع من جانبها معاوضة مال عن الطلاق واسقاط ما عليها من الملك ودفع

المال

ط اي لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن ص

ط وهذا في حكم الديانة فان اخذ ذلك جاز في الحكم ولزم حتى لا يملك استرداده لان الزوج اسقط ملكه عنها بعوض رضيت به والزوج من اهل الاسقاط والمراة من اهل المعاوضة والرضى فيجوز في الحكم والقضا ص

المال عوضا عما ليس بمال جايز في الحكم اذا كان ذلك مما يرغب فيه الا ترى انه جاز العتق على قليل المال
وكثيره واخذ المال بدلا عن اسقاط الملك والرق وكذلك الصلح عن دم العمد وكذا النكاح لما جاز على
اكثر من مهر مثلها وهو تمليك البضع فلان يجوز ان تضمنه المراة باكثر من مهر مثلها لانه بدل عن سلامة البضع
في الجانبين جميعا الا انه نهى عن الزيادة على قدر المهر لا لمعنى في نفس العقد بل لمعنى في غيره وهو شبهة الربا
او الاضرار بها فلا يوجد ذلك في قدر المهر فحل له اخذ قدر المهر والله اعلم فصل واما حكم الخلع
فنقول وبالله التوفيق يتعلق بالخلع احكام بعضها يعم كل طلاق باين وبعضها يخص الخلع اما الذي يعم
كل طلاق باين فنذكره في بيان حكم الطلاق ان شا الله تعالى واما الذي يخص الخلع فالخلع لا يخلو اما
ان كان بغير بدل واما ان كان ببدل فان كان البدل هو المهر بان خلعها على المهر فحكمه ان المهر
ان كان غير مقبوض انه يسقط المهر عن الزوج ويسقط عنه النفقة الماضية وان كان مقبوضا فعليها
ان ترده على الزوج وان كان البدل مالا اخر سوى المهر فحكمه سقوط كل حق وجب بالنكاح قبل الخلع
من المهر والنفقة الماضية ووجوب البدل حتى لو خلعها على عبد او على ماية درهم ولم يذكر شيا اخر
فله ذلك ثم ان كان لم يعطها المهر بري وان لم يكن لها عليه شي سوا كان لم يدخل بها او كان قد دخل
بها وان كان قد اعطاها المهر لم يرجع عليها بشي سوا كان بعد الدخول بها او قبل الدخول بها
وكذلك اذا باراها على عبد او على ماية درهم فهو مثل الخلع في جميع ما وصفنا وهذا قول ابي
حنيفة وقال ابو يوسف في المباراة مثل قول ابي حنيفة وقال في الخلع انه لا يسقط به الا ما
سميا وقال محمد لا يسقط في الخلع والمباراة جميعا الا ما سميا حتى انه لو طلقها على ماية درهم
ومهرها الف درهم فان كان المهر غير مقبوض فانها لا ترجع عليه بشي سوا كان الزوج لم يدخل او كان
قد دخل بها في قول ابي حنيفة وله عليها ماية درهم وعندهما ان كان قبل الدخول بها فلها ان
ترجع عليه بنصف المهر وذلك خمس ماية وله عليها ماية درهم فيصير قدر الماية قصاصا
فترجع عليها باربعماية وان كان بعد الدخول فلها ان ترجع عليه بكل المهر الا قدر الماية فترجع
عليه بتسع ماية وان كان المهر مقبوضا فله عليها الماية لا غير وليس له ان يرجع عليها بشي
من المهر سوا كان قبل الدخول بها او بعده في قول ابي حنيفة وعندهما ان كان قبل الدخول
يرجع الزوج عليها بنصف المهر وان كان بعده لا يرجع عليها بشي وهكذا الجواب في المباراة
عند محمد والحاصل ان ها هنا ثلاث مسايل الخلع والمباراة والطلاق على مال ولا خلاف بينهم
في الطلاق على مال انه لا يبرا به من ساير الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح ولا خلاف ايضا
في ساير الديون التي وجبت لا بسبب النكاح ولا خلاف ايضا في ساير الديون التي وجبت
لا بسبب النكاح انها لا تسقط بهذه التصرفات واما الخلاف بينهم في الخلع والمباراة واتفق
جواب ابي حنيفة وابي يوسف في المباراة واختلف جوابهما في الخلع واتفق جواب ابي يوسف
ومحمد في الخلع واختلف في المباراة فابو يوسف مع ابي حنيفة في المباراة ومع محمد في الخلع وجه
قول محمد ان الخلع طلاق بعوض فاشبه الطلاق على مال والجامع بينهما ان حق الانسان لا يسقط من غير
اسقاطه ولم يوجد في الموضعين الا اسقاط ما سميا فلا يسقط ما لم يجر به التسمية وان كانت من

ط فان كان بغير بدل بان قال خالعتك ونوى الطلاق فحكمه انه يقع الطلاق ولا يسقط شي من المهر والنفقة الماضية وان كان ببدل ص

ط ولهذا لم يسقط ساير الديون التي لم تجب بسبب النكاح وكذا لا يسقط نفقة العدة الا بالتسمية ص

احكام النكاح كذا هذا وحجة قول ابي يوسف وهو الفرق بين الخلع والمباراة ان المباراة صريح في
ايجاب البراءة لانها اثبات البراءة نصا فيقتضي ثبوت البراءة مطلقا فيظهر في جميع الحقوق الثابتة بينهما
بسبب النكاح فاما الخلع فليس نصا في ايجاب البراءة لانه ليس في لفظه ما ينبئ عن البراءة وانما تثبت البراءة
مقتضاه والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتا من جميع الوجوه فتثبت البراءة بقدر ما وقعت التسمية به
لا غير ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع في معنى المباراة لان المباراة مفاعلة من البراءة والابراء
اسقاط فكان اسقاطا من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه كالمتخاصمين
في الديون اذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا فيه كذا المباراة والخلع ماخوذ من
الخلع وهو النزع والنزع اخراج الشيء من الشيء فمعنى قولنا خلعها اي اخرجها من النكاح وذلك باخراجها
من سائر الاحكام المتعلقة بالنكاح وذلك انما يكون بسقوط الاحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى
البراءة فكان الخلع في معنى البراءة والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره
ابو يوسف واما قول محمد انه لم يوجد منها اسقاط غير المسمى فنقول ان لم يوجد نصا فقد وجد
دلالة لما ذكرنا ان لفظ الخلع دليل عليه ولان قصدهما من الخلع قطع المنازعة وازالة الخلف
بينهما والمنازعة والخلف انما وقع في حقوق النكاح ولا يدفع المنازعة والخلف انما وقع في حقوق
النكاح فلا تندفع المنازعة والخلف الا باسقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منهما لسائر الحقوق
المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون لانه لا تعلق لها بالنكاح ولم تقع المنازعة فيها
ولا في سببها فلا ينصرف الاسقاط اليها وبخلاف الطلاق على مال لانه لا يدل على اسقاط الحقوق
الواجبة بالنكاح لا نصا ولا دلالة واما نفقة العدة فلانها لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور
اسقاطها بالخلع بخلاف النفقة الماضية لانها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي او بالتراضي
فكان الخلع اسقاطا بعد الوجوب فيصح ولو خلعها على نفقة العدة صح ولا تجب النفقة ولو
ابرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح لا يصح الابراء وتجب النفقة لان النفقة في النكاح
تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان يوما فيوما فكان الابراء عنها ابراء قبل الوجوب
فلم يصح فاما نفقة العدة فانها تجب عند الخلع فكان الخلع على النفقة مانعا من وجوبها ولا
يصح الخلع على السكنى ولا الابراء عنه لان السكنى تجب حقا لله تعالى قال الله تعالى ولا تخرجوهن من
بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة فلا يملك العبد اسقاطه والله اعلم

فصل

واما الطلاق على مال فهو في احكامه كالخلع لان كل واحد منهما طلاق بعوض فيعتبر في احدهما
ما يعتبر في الآخر الا انهما يختلفان من وجه وهو ان العوض اذا ابطل في الخلع على ما ليس بمال
متقوم يبقى الطلاق بائنا وفي الطلاق على مال اذا ابطل العوض بان سميا ما ليس بمال متقوم
فالطلاق يكون رجعيا لان الخلع كناية والكنايات مبينات عندنا فاما الطلاق فصريح
وانما تثبت البينونة فيه بتسمية العوض اذا صحت التسمية فاذا لم تصح التحقت بالعدم فبقي صريح
الطلاق فيكون رجعيا ولو قال لها انت طالق بالف درهم فقبلت طلقت وعليها الالف
لان حرف الباء حرف الالصاق فيقتضي الصاق البدل بالمبدل وكذلك لو قال انت طالق على الف

درهم

(حاشية: حال قيام ص)
(حاشية: ويصح الخلع والابراء عن السكنى ولكنه يبرأ عن مؤنة السكنى ص — صح)
(حاشية: بان وقع الخلع ص)
(حاشية: وانما كان كذلك ص)
(حاشية: على مال ص)

درهم لان على كلمة شرط يقال زرتك على ان تزورني اي بشرط ان تزورني ولهذا لو قال لامراته
انت طالق على ان تدخلي الدار كان دخول الدار شرطا كما لو قال ان دخلت الدار وهي كلمة الزام
ايضا فكان هذا ايقاع الطلاق بشرط ان تعطيه الالف عقيب وقوع الطلاق والزامها الالف
فيقع الطلاق بقبولها ويجب عليها الالف ولو قال انت طالق وعليك الف درهم طلقت المراة
للرجعة ولا شيء عليها من الالف سواء قبلت او لم تقبل في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد اذا قبلته طلقت بائنة وعليها الالف وعلى هذا الخلاف اذا قالت المراة لزوجها طلقني
ولك الف درهم انه يقع طلقة رجعية ولا يلزمها البدل في قول ابي حنيفة وعندهما يقع الطلاق
وعليها الالف وعلى هذا الخلاف اذا قال لعبده انت حر وعليك الف درهم انه يعتق
سواء قبل او لم يقبل في قول ابي حنيفة وعندهما اذا قبل يعتق وعليه الالف وجه
قولهما ان هذه الواو واو حال فيقتضي ان وجوب الالف حال الوقوع الطلاق والعتاق
ولان هذه اللفظة تستعمل في الابدال فان من قال للآخر احمل هذا الشيء الى مكان كذا
ولك درهم يحمل لتستحق الاجرة كما لو قال له احمل بدرهم ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد
من الكلامين كلام تام بنفسه اعني قوله انت طالق وقوله وعليك الف درهم لان كل واحد
منهما مبتدأ وخبر فلا يجعل الثاني متصلا بالاول الا لضرورة ولا ضرورة في الطلاق
والعتاق لان الغالب وجودهما بغير عوض فلا يجعل الثاني متصلا بالاول من غير ضرورة
واما قولهما الواو واو حال فممنوع بل واو عطف في الاخبار معناه اخبرك انك
طالق واخبرك ان عليك الف درهم ولو قالت المراة لزوجها طلقني ثلاثا على الف
درهم فطلقها ثلاثا يقع عليها ثلاث تطليقات بالف وهذا مما لا اشكال فيه ولو طلقها
واحدة وقعت واحدة رجعية بغير شيء في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يقع واحدة بثلث الالف ولو قالت طلقني ثلاثا بالف درهم فطلقها ثلاثا
يقع ثلاثا بالف درهم لا شك فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة بائنة بثلث
الالف في قولهم جميعا وجه قولهما ان كلمة على في المعاملات وحرف الباء سواء
يقال بعت منك بالف وبعت منك على الف ويفهم من كل واحد منهما كون الالف بدلا كذا
قول الرجل لغيره احمل هذا الشيء الى بيتي على درهم وقوله بدرهم سواء حتى يستحق البدل
فيهما جميعا والاصل ان اجزاء البدل تنقسم على اجزاء المبدل اذا كان متعددا في نفسه
فتنقسم الالف على الثلاث فتقع واحدة بثلث الالف كما لو ذكرت بحرف الباء وكانت بائنة لانها
طلاق بعوض ولابي حنيفة ان كلمة على كلمة شرط فكان وجود الطلقات الثلاث شرطا لوجوب
الالف فكانت الطلقة الواحدة بعض الشرط والحكم لا يثبت بوجود بعض الشرط فاذا طلقها
ثلاثا لا تستحق شيئا من الالف بخلاف حرف الباء فانه حرف مبادلة فيقتضي انقسام البدل

(حاشية: فطلقها ص)
(حاشية: ولا شيء عليه ص)
(حاشية: والضرورة فيما كان الغالب فيه ان يكون بعوض كما في قوله احمل هذا الشيء الى بيتي ولك درهم ص)
(حاشية: بائنة ص)
(حاشية: لما بينا ص)

على المبدل فينقسم الالف على التطليقات الثلاث فكان بمقابلة كل واحدة ثلث الالف ولا يشكل
هذا العقد بما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا بالف فطلقت نفسها واحدة انه لا يقع شي
لان الزوج لم يرض بالبينونة الا بكل الالف فلا يجوز وقوع البينونة ببعضها واذا امرته
بالطلاق فقالت طلقني ثلاثا بالف درهم فقد سالت الزوج ان يبينها بالف وقد
ابانها باقل من ذلك فقد زادها خيرا والاشكال انها سالته الابانة الغليظة
بالف ولم يات بها بل اتى بالخفيفة ولعل لها غرضا في الغليظة والجواب ان غرضها
في استيفا مالها مع حصول اصل البينونة التي وضع لها الطلاق اشد واما قولهما ان كلمة
على تستعمل في الابدال فنعم لكن مجازا لا حقيقة ولا تترك الحقيقة الا لضرورة وفي
البيع ونحوه ضرورة ولا ضرورة في الطلاق على ما بينا على ان اعتبار الشرط
يمنع الوجوب لما بينا واعتبار البدل يوجب فيقع الشك في الوجوب ولا يجب مع الشك
ولو قالت امرأتان له طلقنا بالف درهم او على الف درهم فطلقهما يقع الطلاق عليهما
بالالف وهذا لا يشكل ولو طلق احداهما وقع الطلاق عليها بحصتها من الالف بالاجماع والفرق
لابي حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة الخلاف انه لا غرض لكل واحدة من المرأتين
في طلاق الاخرى فلم يعتبر معنى الشرط وللمرأة غرض في اجتماع تطليقاتها لان ذلك
اقوى للتحريم لثبوت البينونة الغليظة بها فاعتبر معنى الشرط ولو قالت طلقني واحدة
بالف فقال انت طالق ثلاثا وقع الثلاث مجانا بغير شي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يقع ثلاث تطليقات واحدة منها بالف وهذه فريعة اصل ذكرناه فيما تقدم وهو
ان من اصل ابي حنيفة ان الثلاث لا تصلح جوابا للواحدة فاذا قال ثلاثا فقد عدل
عما سالته فصار مبتديا بالطلاق فيقع الثلاث بغير شي ومن اصلهما ان في الثلاث
ما يصلح جوابا للواحدة لان الواحدة توجد في الثلاث فقد اتى بما سالته وزيادة
فيلزمها الالف كانه قال لها انت طالق واحدة وواحدة وواحدة ولو قالت طلقني
واحدة بالف فقال انت طالق ثلاثا بالف وقف على قبولها عند ابي حنيفة ان قبلت جاز والا
بطل لانه عدل عما سالته فصار مبتديا بالطلاق بالعوض فيتوقف على قبولها وعند ابي يوسف
ومحمد يقع الثلاث واحدة منها بالف كما لو سالت واثنتان بغير شي وحكى الجصاص
عن الكرخي انه قال رجع ابو يوسف في هذه المسئلة الى قول ابي حنيفة وذكر
ابو يوسف في الامالي ان الثلاث تقع واحدة منها بثلث الالف والاثنتان يقفان على
قبول المرأة فقال القدوري وهذا صحيح على اصلهما لانها جعلت في مقابلة
الواحدة الفا واذا اوقع بثلث الالف فوقف على قبولها والله تعالى اعلم

فقد زادها خيرا وابتداء بتطليقتين بثلثي الالف صح

فصل

واما الذي يرجع الى نفس

فاما الذي يرجع الى نفس الركن فمنها ان لا يلحقه استثناء اصلا ورأسا سواء كان
وضعيا او عرفيا عند عامة العلماء وعند مالك الاستثناء العرفي لا يمنع وقوع الطلاق
وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان
انواع الاستثناء وفي بيان ماهية كل نوع وفي بيان شرائط صحته اما الاول فالاستثناء
في الاصل نوعان استثناء وضعي واستثناء عرفي اما الوضعي فهو ان يكون بلفظ موضوع
للاستثناء وهي كلمة الا وما يجري مجراها نحو سوى وغير واشباه ذلك واما العرفي فهو التعليق
بمشيئة الله تعالى وانه ليس باستثناء في الوضع لانعدام كلمة الاستثناء بل الموجود كلمة الشرط
الا انهم تعارفوا اطلاق اسم الاستثناء على هذا النوع قال الله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها
مصبحين ولا يستثنون اي لا يقولون ان شاء الله وبينه وبين الاول مناسبة في معنى ظاهر
لفظ الاستثناء وهو المنع والصرف دون الحقيقة فاطلق اسم الاستثناء عليه وبعض
مشايخنا قال الاستثناء نوعان استثناء تحصيل واستثناء تعطيل فسمي الاول استثناء
تحصيل لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا والثاني تعطيلا لما انه يتعطل الكلام به واما بيان
ماهية كل نوع اما النوع الاول فهو تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذه العبارة هي المختارة دون
قولهم في استخراج بعض الجملة الملفوظة لان قدر المستثنى اما ان دخل تحت نص المستثنى منه
واما ان لم يدخل فان لم يدخل لا يتصور الاستخراج وان دخل يثبت تناقض الكلام لان نص المستثنى
منه يثبت ونص الاستثناء ينفي ويستحيل ان يكون الحكم الواحد في زمان واحد مثبتا ومنفيا
ولهذا فهم من قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما ما ذكرنا حتى يصير في التقدير
كانه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما لا لمعنى الاخراج لئلا يؤدي الى الخلف في خبر الله
تعالى واما النوع الثاني فهو تعليق بالشرط الا ان الشرط اذا كان مما يوقف عليه ويعلم
وجوده ينزل المعلق عند وجوده وان كان مما لا يعلم لا ينزل وهذا النوع من التعليق من هذا
القبيل لما نذكره واما شرائط صحته فلصحة الاستثناء شرائط بعضها يعم النوعين جميعا
وبعضها يخص احدهما اما الذي يعمهما جميعا فهو ان يكون الاستثناء موصولا بما قبله
من الكلام عند عدم الضرورة حتى لو حصل بينهما بسكوت او غير ذلك من غير ضرورة
لا يصح وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا شيأ روي عن عبد الله
ابن عباس رضي الله عنهما ان هذا ليس بشرط ويصح متصلا ومنفصلا واحتج بما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله
تعالى ولو لم يصح لما قال ولان الاستثناء في معنى التخصيص لان كل واحد منهما بيان
ثم التخصيص يصح مقارنا ومتراخيا فكذا الاستثناء يجب ان يصح متصلا ومنفصلا
ولنا ان الاصل في كل كلام تام في نفسه بان كان مبتدا وخبرا ان لا يقف حكمه على غيره

الفصل

والوقوف عند الوصل لضرورة وهي ضرورة استدراك الغلط والضرورة تندفع
بالموصول فلا يقف عند عدم الوصل ولهذا لم يقف على الشرط المنقطع فكذا على
الاستثناء المنقطع ولانه عند عدم الوصل ليس باستثناء لغة لان العرب لم تتكلم به
لا يعدونه استثناء بل يسخرون منه وبهذا تبين ان الرواية عن ابن عباس رضي الله عنهما ومن تكلم به صح
لا يكاد يصح لانه كان اماما في اللغة كما كان اماما في الشريعة واما التخصيص المتراخي فعند
بعض مشايخنا ليس ببيان بل هو نسخ فلا يلزم وعند بعضهم بيان لكن الحاق البيان بالمجمل
والعام الذي يمكن العمل بظاهره متراخيا مشهود عندهم وانه كثير النظير في كتاب الله
تعالى واما الحديث ففيه انه قال بعد تلك المقالة بسنة ان شاء الله وليس فيه انه
قصد به تصحيح الاستثناء فيحمل على انه اراد به استدراك الاستثناء في الغدات قال الله
تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله اي الا ان يقولوا ان شاء الله
فنسي ذلك فتذكره بعد سنة فامر باستدراكه بقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت ويحتمل
انه اضمر في نفسه امرا واراد في قلبه وعزم عليه فاظهر الاستثناء بلسانه فقال ان شاء الله
ومثل هذا معتاد بين الناس فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال هذا الذي ذكرنا اذا كان
ان كان الفصل من غير ضرورة فاما اذا كان لضرورة النفس فلا يمنع الصحة ولا يعد
ذلك فصلا الا ان يكون سكتة هكذا روى هشام عن ابي يوسف لان هذا النوع من
الفصل مما لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر فصلا ويعطى له حكم الوصل للضرورة واما
كون الاستثناء مسموعا فهل هو شرط ذكر الكرخي انه ليس بشرط حتى لو حرك لسانه
بالاستثناء واتى بحروف الاستثناء صح وان لم يكن مسموعا وذكر الفقيه ابو جعفر
الهندواني انه شرط ولا يصح الاستثناء بدونه وجه ما ذكره الكرخي ان الكلام هو الحروف
المنظومة وقد وجدت فاما السماع فليس بشرط لكونه كلاما فان الاصم يصح استثناؤه
وان كان لا يسمع والصحيح ما ذكره الفقيه ابو جعفر رحمة الله عليه لان الحروف المنظومة
ان كانت كلاما عند الكرخي وعندنا هي دلالة على الكلام وعبارة عنه لا نفس الكلام في
الغايب والشاهد جميعا فلم توجد الحروف المنظومة ههنا لان الحروف لا تتحقق بدون الصوت لا يتحقق بدون الاصوات
فالحروف المنظومة لم توجد الحروف فلم يوجد الكلام عنده ولا دلالة الكلام عندنا فلم يكن استثناء المنقطعة بتقطيع خاص
والله الموفق اما الذي يخص احد النوعين وهو الاستثناء الوضعي فهو ان يكون المستثنى فاذا لم يوجد الصوت صح
بعض المستثنى منه لا كله لما ذكرنا ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا يكون تكلما بالباقي
الا وان يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله ولان الاستثناء يجري مجرى التخصيص والتخصيص
يرد على بعض افراد العموم لا على الكل لان ذلك يكون نسخا لا تخصيصا فكذا الاستثناء ونسخ
الحكم يكون بعد ثبوته والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل النسخ فبطل الاستثناء ومن مشايخنا

من قال

من قال ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح لانه رجوع والطلاق مما لا يحتمل الرجوع عنه
وكذا العتاق وكذا الاقرار وهذا غير سديد لانه لو كان كذلك لصح فيما يحتمل الرجوع وهو
الوصية ومع هذا لا يصح حتى لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح له
الاستثناء ويصح الوصية فدل ان عدم الصحة ليس لمكان الرجوع بل لما قلنا انه ليس
باستثناء ويصح استثناء البعض من الكل وسواء كان المستثنى اقل من المستثنى منه او اكثر
عند عامة العلماء وعامة اهل اللغة وروى عن ابي يوسف انه لا يصح استثناء الاكثر من الاقل
وهو قول الفراء وجه قولهما ان الاستثناء من باب اللغة واهل اللغة لم يتكلموا باستثناء الاكثر اللغة صح
من الاقل ولان الاستثناء في الاصل وضع لاستدراك الغلط والغلط يجري في الاقل لا في
الاكثر ولنا ان اهل اللغة قالوا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وربما قالوا الاستثناء في
الحاصل تكلم بما وراء الثنيا من غير فصل بين الاقل والاكثر الا انه قل استعمالهم الاستثناء
في مثله لقلة حاجتهم اليه لقلة وقوع الغلط فيه وهذا لا يكون منهم اخراجا للفظ من
ان يكون استثناء حقيقة كمن اكل لحم الخنزير ولا يمتنع احد من اهل اللسان من اطلاق
القول بانه اكل لحم الخنزير وان كان يقل استعمال هذه اللفظة لكن قلة استعمالها لقلة وجود
الاكل لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة كذا ههنا وعلى هذا يخرج مسائل هذا النوع اذا قال لامرأته
انت طالق ثلثا الا واحدة يقع ثنتان لان هذا استثناء صحيح لكونه تكلما بالباقي بعد الثنيا والباقي
بعد استثناء الواحدة من الثلث ثنتان لان الثنتين اسمان احدهما ثنتان والاخر ثلث الا واحدة
ولو قال الا اثنتين يقع واحدة لان استثناء الاكثر من الاقل استثناء صحيح ايضا لما ذكرنا ولو قال
الا ثلثا وقع ثلث لان الاستثناء لم يصح لانه استثناء الكل من الكل ولو قال انت طالق ثلثا
الا واحدة وواحدة وواحدة وقع الثلث وبطل الاستثناء في قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف جاز استثناء الاولى والثانية وبطل استثناء الثالثة ويلزمه واحدة وجه قول
ابي يوسف ان استثناء الاولى والثانية استثناء البعض من الكل فصح الا انه لو سكت عليه
لجاز فاما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل فلم يصح فالتحق بالعدم فيقع واحدة ولابي حنيفة
ومحمد ان اول الكلام في الاستثناء يقف على اخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح كما لو قال
انت طالق ثلثا الا ثلثا ولانه لما قال الا واحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل بحرف
الجمع فصار كانه قال الا ثلثا ولو قال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلثا يقع الثلث
وبطل الاستثناء في قولهم جميعا لان الاستثناء اذا كان موصولا يقف اول الكلام على اخره
فكان الاستثناء راجعا الى الكل فبطل ولانه ذكر جملتين وجمع بين كل جملة بحرف الجمع فكان
استثناء الجملة من الجملة فلا يصح لان اول الكلام في كل واحدة من الجملتين وقف على اخره
فصار كانه قال انت طالق ثلثا الا ثلثا واذا قال انت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين

يقع ثنتان فی قول ابی یوسف ومحمد وقال زفر یقع ثلاث کذا ذکره القدوری ولم یذکر قول
ابی حنیفة وجه قول زفر ان الاستثناء فی الاصل انما ینصرف الی ما یلیه لانه اقرب الیه وهو
متصل به ایضاً ولا ینصرف الی غیره الا بدلیل ومتی انصرف الی ما یلیه کان استثناء الکل
من الکل فلا یصح ولهما ان الاستثناء تصحیح ما امکن ولو جعلناه مما یلیه لبطل ولو صرف
الی الجملتین یصح لانه یصیر مستثنی من کل ثنتین واحدة فبقی من کل جملة واحدة وروی
هشام عن محمد فیمن قال لامرأته انت طالق اثنتین واثنتین الا ثلاثا انه ثلاث لانه لا یمکن
تصحیح الاستثناء ههنا لان اول الکلام فی کل واحدة من الجملتین وقف علی اخره فصار کانه
قال انت طالق ثلثا الا ثلثا لانه لا یمکن ان یجعل الاستثناء من الجملتین علی السواء لانه
یصیر مستثنا من کل جملة تطلیقة ونصفا وهذا استثناء جمیع الجملة لان استثناء واحدة
ونصف استثناء ثنتین لان ذکر البعض فیما لا یتبعض ذکر لکله فکان استثناء الکل من الکل
ولا یمکن ان یجعل من احدی الجملتین لانه یکون استثناء الکل من الکل وزیادة ولا یمکن ان
ان یصرف اثنان من الثلث الی جملة وواحدة الی جملة اخری لان هذا خلاف تصرفه وانشاء
تصرف اخر لم یوجد منه فتعذر تصحیح هذا الاستثناء من جمیع الوجوه فبطل والاشکال
علی القسم الاول ان ذکر البعض فیما لا یتبعض لا یکون ذکراً للکل فی الاستثناء بل هو ملحق بالعدم
بدلیل انه لو قال انت طالق ثلثا الا واحدة ونصفا یقع علیها ثنتان ولو کان ذکر بعض الطلاق
ذکراً لکله فی الاستثناء لوقع علیها واحدة لانه یصیر کانه قال انت طالق ثلثا الا اثنتین وکان
الفقه فی ذلک ان الاستثناء تکلم بالباقی بعد الثنیا فینظر الی الباقی والباقی ههنا تطلیقة ونصف
ونصف تطلیقة تطلیقة کاملة فیقع ثنتان کانه قال انت طالق اثنتین واذا لم یصر ذکر البعض
ذکراً للکل فی الاستثناء یصیر مستثنا من کل جملة بتطلیقة واحدة ویلغو واحدة من الاستثناء
وهذا اولی من الغاء الکل فیجب ان یقع ثنتان کما فی المسئلة الاولی عندهما وفی هذه المسئلة
اشکال علی ما روی هشام عن محمد وروی هشام ایضا عن محمد فیمن قال انت طالق اثنتین
واربعاً الا خمساً انها طالق ثلثا لانه لا یمکن تصحیح الاستثناء بالصرف الی الجملتین علی
الشیوع ولا بالصرف الی واحدة منهما ولا بصرف البعض عینا الی جملة والبعض الی
جملة اخری لما قلنا والاشکال علی القسم الاول ما بینا وقال بشر عن ابی یوسف فیمن قال
لامرأته انت طالق واحدة واثنتین الا اثنتین انه ثلث وهو قول محمد والوجه فیه
ما ذکرنا والاشکال فیه علی نحو ما بینا هذا اذا کان لفظ الاستثناء من جنس لفظ المستثنا
منه فان کان شیئا من خلاف جنسه یصح الاستثناء وان اتی علی جمیع المستثنی نحو ان یقول
نسائی طوالق الا هؤلاء ولیس له نساء غیرهن فانه یصح الاستثناء ولا تطلق واحدة منهن
لان الاستثناء یعتبر فیه اللفظ والاشارة مع التسمیة مختلفان لفظا فیصح الاستثناء

بخلاف

بخلاف قوله نسائی طوالق الا نسائی ولان عند اختلاف اللفظین یکون معناه نسائی
الا هؤلاء طوالق ای سوی هؤلاء وهذا اضافة الطلاق الی غیر هؤلاء وقیل هذا
اذا کان هؤلاء مادون الاربع فاما اذا کن اربعا لا یصح الاستثناء ویطلقن کلهن لانه
لا یتصور استثناء غیرهن فصار کما لو قال نسائی طوالق الا نسائی وهناک لا یصح
الاستثناء ویطلقن کلهن لانه یصیر فی التقدیر کانه قال نسائی الا نسائی طوالق ولو قال
ذلک طلقن کذا هنا وکذلک هذا فی العتاق اذا قال عبیدی کلهم احرار الا عبیدی لم یصح
الاستثناء وعتقوا جمیعا ولو قال عبیدی احرار الا هؤلاء ولیس له عبید غیر هؤلاء
لم یعتق واحد منهم وکذلک هذا فی الوصیة اذا قال اوصیت بثلث مالی لفلان او اوصیت
لفلان بثلث مالی الا الف درهم ومات وثلث ماله الف درهم صح الاستثناء وبطلت
الوصیة ولو قال اوصیت بثلث مالی الا ثلث مالی لم یصح الاستثناء وکان للموصی له ثلث
ماله والله اعلم ولو قال انت طالق عشراً الا تسعاً یقع واحدة والاصل انه اذا تکلم بالطلاق
باکثر من الثلث ثم استثنی منه فالاستثناء یرجع الی جملة الکلام لا الی القدر الذی یصح
وقوعه وهو الثلث خاصة فیتبع اللفظ لا الحکم فلا یثبت الحکم فی القدر المستثنی ویثبت
فیما بقی قدر ما یصح ثبوته لانه تکلم بالباقی بعد الثنیا فاذا قال انت طالق عشراً الا تسعاً
یقع واحدة واذا قال الا ثمانیا یقع اثنتان واذا قال الا سبعاً یقع ثلاث لما ذکرنا ان الاستثناء
یتبع اللفظ لا الحکم فصح الاستثناء ودخل علی الجملة الملفوظة وعمل فیها فتبین ان قدر
المستثنی لم یدخل فی الجملة فلا یقع قدر ما دخل علیه الاستثناء ویقع الباقی وهو الثلث لانه
مما یصح وقوعه وکذلک اذا قال الا ستا او خمسا او اربعاً او ثلاثا او اثنتین او واحدة یقع ثلاث
لان الثلث هو الذی یصح وقوعه مما بقی اذ لا مزید للطلاق علی الثلاث ولو قال انت طالق
ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة یقع واحدة والاصل فی مسائل الاستثناء من الاستثناء ان لتخریجها
طریقین احدهما انه ینظر الی الاستثناء الاخیر فیجعل استثناء مما یلیه ثم ینظر الی ما بقی
منه فیجعل ذلک استثناء مما یلیه هکذا الی الاستثناء الاول ثم ینظر الی الباقی من الاستثناء
الاول فیستثنی ذلک القدر من الجملة الملفوظة فما بقی منها فهو الواقع فاذا قال انت طالق
ثلثا الا ثلثا الا واحدة یستثنی الواحدة من الثلاث یبقی اثنتان یستثنیهما من الثلاث فتبقی واحدة
کانه قال انت طالق ثلاثا الا اثنتین فان قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا ~~الا ثلاثا~~ الا اثنتین
یقع اثنتان لانک اذا تستثنی الا ثنتین من الثلاث فتبقی واحدة تستثنیها من الثلاث
فیبقی اثنتان فان قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتین الا واحدة لانک تستثنی الواحدة
من الاثنتین فبقی واحدة تستثنیها من الثلاث فتبقی اثنتین تستثنیهما من الثلاث فتبقی واحدة
وکذلک ان قال انت طالق عشرا الا تسعاً الا ثمانیا انک تستثنی ثمانیة من تسعة فتبقی واحدة

الا ثلثا صح

یقع واحدة صح

تستثنيها من العشرة فيبقى تسعة كانّه قال انت طالق تسعة فيقع ثلاث فانْ قال
انت طالق عشرا الّا تسعا الّا واحدة يقع اثنتان لانك اذا استثنيت الواحدة من التسعة
يبقى ثمانية تستثنيها من العشرة فيبقى اثنتان كانّه قال انت طالق عشرة الّا ثمانية وعلى
هذا جميع هذا الوجه وقياسه والثانى يرجع الى عقد اليد وهو ان تعقد العدد الاوّل
بيمينك والثانى بيسارك والثالث بيمينك تضمّه الى ما فى يمينك والرّابع بيسارك
تضمّه الى ما فى يسارك ثمّ تطرح ما اجتمع فى يسارك من جملة ما اجتمع فى يمينك فما بقى
فى يمينك فهو الواقع والله اعلم ه واما مسائل النوع الثانى من الاستثناء وهو تعليق
الطلاق بمشيّة الله تعالى فنقول اذا علّق طلاق امرأته بمشيّة الله تعالى يصحّ الاستثناء
ولا يقع الطلاق سواء قدّم الطلاق على الاستثناء فى الذكر بان قال انت طالق ان شاء
الله تعالى او اخّره عنه بان قال ان شاء الله انت طالق وهذا قول عامّة العلماء وقال
وقال مالك لا يصحّ الاستثناء والطلاق واقع وعلى هذا تعليق العتق والنذر واليمين
بمشيّة الله تعالى وجه قوله انّ هذا ليس تعليقا بشرط لانّ الشرط ما يكون معدوما
على خطر الوجود ومشيّة الله تعالى ازليّة لا يحتمل العدم فكان هذا تعليقا بامر كائن
فيكون تحقيقا لا تعليقا كما لو قال انت طالق ان كان السّماء فوقنا ولنا قوله تعالى خبرا
عن موسى ستجدنى ان شاء الله من الصابرين صابرا وصحّ استثناؤه حتّى لم يصر
بترك الصّبر مخلفا فى الوعد ولولا صحّة الاستثناء لصار مخلفا فى وعده بالصّبر والخلف
فى الوعد كذب والنبىّ معصوم عنه وقوله تعالى ولا تقولنّ لشىء انّى فاعل ذلك غدا الّا
ان يشاء الله الّا ان تقول ان شاء الله ولو لم يحصل به صيانة الخبر عن الخلف لم يكن م اى صح
للامر معنى وروى عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم انّه قال من حلف بطلاق او عتاق
وقال ان شاء الله فلا حنث عليه وهذا نصّ فى الباب وروى انّه قال من استثنى فله ثنياه
ولانّ تعليق الطلاق بمشيّة الله تعالى تعليق بما لا يعلم وجوده لانّا لا ندرى انّه شاء وقوع
هذا الطلاق او لم يشأ على معنى انّ وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيّة الله تعالى
او لم يدخل فان دخل يقع وان لم يدخل لا يقع شىء لانّ ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن
فلا يقع مع الشكّ وبه تبيّن انّ هذا ليس تعليقا بامر كائن لانّ دخول الوقوع تحت مشيّة
الله تعالى غير معلوم وهذا هو تفسير تعليق الطلاق بمشيّة الله تعالى ومن الناس من فرّق
بين الطلاق والعتاق فقال لا يقع الطلاق ويقع العتاق وزعم انّه لم يوجد المشيّة
فى الطلاق ووجدت فى العتاق لانّ الطلاق مكروه الشرع والعتاق مندوب اليه
وهذا مذهب المعتزلة انّ ارادة الله تعالى يتعلّق بالقرب والطاعات لا بالمكاره
والمعاصى وانّ الله تعالى اراد كلّ خير وصلاح من العبد ثمّ العبد قد لا يفعله لسوء اختياره

وبطلان

وبطلان مذهبهم يعرف فى مسائل الكلام ثمّ انهم ناقضوا حيث قالوا فيمن حلف فقال
لاصومنّ غدا ان شاء الله او لاصلينّ ركعتين او لاقضينّ دين فلان فمضى الغد ولم يفعل
شيئا من ذلك انّه لا يحنث ولو شاء الله تعالى كلّ خير لحنث لانّ هذه الافعال خيرات
وقد شاءها عندهم وكذلك لو قال انت طالق ان شاء الله او قال ان لو يشاء الله لما قلنا
وكذا لو قال الّا ان يشاء الله لانّ معناه الّا انْ يشاء الله ان لا يقع وذلك غير معلوم وكذلك
لو قال ما شاء الله لانّ معناه الّذى شاء الله ولو قال انت طالق ان لم يشاء الله يكون
استثناء كقوله ان شاء الله لانّ هذا فى الحقيقة تعليق بعدم دخول الوقوع تحت مشيّة الله
تعالى وذلك غير معلوم ولو قال انت طالق وان شاء الله او قال فان شاء الله لم يكن
استثناء عند ابى يوسف لانّه حال بين الطلاق وبين الاستثناء حرف هو حشو فيصير
فاصلا بينهما بمنزلة السّكتة فيمنع التعليق بالشّرط فيقع فى الحال ولو قال انت طالق
ثلاثا وثلاثا ان شاء الله لا يصحّ الاستثناء ويقع الثلاث فى قول ابى حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وعلى هذا الخلاف اذا قال انت طالق ثلاثا وواحدة
ان شاء الله وجه قولهما انّ فى الاستثناء الموصول يقف اوّل الكلام على اخره فكان
قوله ثلاثا وثلاثا كلاما واحدا فيعمل فيه الاستثناء كما لو قال انت طالق ستّا ان
شاء الله ولانّه جمع بين الجملتين بحرف الجمع وهو حرف الواو فصار كما لو ذكرهما بلفظ
واحد فقال انت طالق ستّا ان شاء الله ولابى حنيفة انّ العدد الثّانى وقع لغوا لانّه
لا يتعلّق به حكم اذ لا مزيد للطلاق على الثلاث فصار فاصلا فمنع صحّة الاستثناء
كما لو سكت بخلاف ما اذا قال انت طالق ستّا لانّه ذكر الكلّ جملة واحدة فلا يمكن
فصل البعض عن البعض ولو قال انت طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله جاز الاستثناء
فى قولهم جميعا لانّ الكلام الثّانى ههنا ليس بلغو لانّه جملة يتعلّق بها حكم فلم يصر
فاصلا بخلاف الفصل الاوّل ولو جمع بين جملتين بحرف الواو ثمّ قال فى اخرهما ان
شاء الله بانْ قال امرأته طالق وعبده حرّ ان شاء الله انصرف الاستثناء الى الجملتين
جميعا حتّى لا يقع الطلاق والعتاق بالاتّفاق وكذا اذا ذكر الشّرط فى اخر الجملتين
بان قال ان دخلت الدار وان كلّمت فلانا او قال لزيد علىّ الف درهم ولعمرو علىّ
الف درهم الّا خمسمائة انصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة عند عامّة العلماء له
وقال بعضهم ينصرف الى جميع ما تقدّم من الجمل وبه اخذ الشافعىّ وعلى هذا
الاصل بنوا مسئلة المحدود فى القذف اذا تاب وشهد انّ قوله الّا الّذين تابوا
منصرف الى ما يليه عندنا وعندهم الى جميع ما تقدّم وجه قول هؤلاء انّ واو العطف
اذا دخل بين كلامين يجعلهما كلاما واحدا كما فى قول القائل جاءنى زيد وعمرو ومعناه

جاءني وكما اذا قال امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله او قال ان دخلت الدار
يتعلق الامران جميعاً بالشرط وان كان كل واحد منهما جملة تامة لكن لما دخل بينهما
واو العطف جعل كلاماً واحداً وتعلقا جميعاً بالشرط كذا ههنا ولهذا اذا كان
المعطوف ناقصا شارك الاول في حكمه وجعل الكل كلاماً واحداً بان قال لامرأته
انت طالق وفلانة حتى يقع الطلاق عليهما كذا ههنا ولنا ان الاصل في الاستثناء
ان ينصرف الى ما يليه لانه اقرب اليه ومتصل به ولانه ليس بكلام مفيد بنفسه
مستقل بذاته فلا بد من ربطه بغيره ليصير مفيداً وهذه الضرورة تندفع بالصرف
الى ما يليه فانصرف الى غيره من الجمل المتقدمة لدخول حرف العطف بين الجملتين
فيجعلهما كلاماً واحداً وجملة واحدة وانما يجعل الكلامان كلاماً واحدا والجملتان
جملة واحدة بواو العطف اذا كانت احدى الجملتين ناقصة بحيث لو فصلت عن الجملة
الاخرى لا تكون مفيدة فاما اذا كانت مفيدة كاملة بحيث لو فصلت عن الاخرى كانت
مفيدة فلا يجعلان كلاماً واحداً لان الجعل للعطف الموجب للشركة والشركة ثابتة
بدون حرف الواو فكان الاشتراك بحرف الوصل والاشتراك بحرف الواو وعدمه سواء
ولان جعل الكلامين كلاماً واحدا خلاف الحقيقة فلا يصار اليه الا لضرورة وهي
ان يكون احدى الجملتين ناقصة اما صورة ومعنى كما في قول القائل جاءني زيد وعمرو
فان الجملة الثانية ناقصة لانها مبتداء لا خبر له فجعلت كاملة بالاشتراك بحرف الواو
وكما في قول الرجل لامرأتيه زينب طالق وعمرة لما قلنا او يكون ناقصة معنى في حق
حصول غرض المتكلم كما في قوله امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله او ان دخلت
الدار فان هناك احدى الجملتين ناقصة في حق حصول غرض الحالف لان غرضه ان
يجعلهما جميعاً جزاء واحداً للشرط وان كان كل واحد في نفسه يصلح جزاً تاماً وهذا
الغرض لا يحصل الا بالاشتراك والوصل فيكون احدهما بعض الجزاء فكان جملة ناقصة
في المعنى وهو تحصيل غرضه فيجعل كانه ناقص في اصل الافادة ومثل هذه الضرورة لم توجد
ههنا فبقيت كل جملة منفردة بحكمها وان كانت معطوفة بحرف الواو كما لو قال جاءني زيد
وذهب عمرو فان هذا عطف جملة على جملة بحرف الواو ولم يثبت الشركة بينهما في الخبر
لما قلنا كذا هذا ولو ادخل الاستثناء على جملتين كل واحدة منهما يمين بان قال امرأتي طالق
ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت فلاناً ان شاء الله انصرف الاستثناء الى ما يليه
في قول ابي يوسف وتطلق امرأته ولا يعتق عبده وقال محمد ينصرف الى الجملتين جميعاً
لا يقع الطلاق ولا العتاق وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا ان الكلام معطوف
بعضه على بعض بحرف العطف لانه عطف احدى الجملتين على الاخرى بحرف الواو فيجعلهما

كلاماً واحداً كما في التنجيز بان يقول امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله واي فرق
بين التنجيز والتعليق وحجة ابي يوسف على نحو ما ذكرنا ان الاصل في الاستثناء
ان ينصرف الى ما يليه لما بينا وانصرافه الى غيره لتتميم الجملة الناقصة صورة
ومعنى او معنى على نحو ما ذكرنا وههنا كل واحدة من الجملتين كاملة صورة ومعنى
اما الصورة فظاهر واما المعنى فلانه لما علق كل جزاء بشرط على حدة علم ان غرضه
ليس جعلهما جميعاً جملة واحدة فكان كل واحد منهما من الطلاق والعتاق جزاءاً تاماً
فكان كل واحد منهما جملة كاملة تامة صورة ومعنى ولو قدم الاستثناء فقال ان شاء الله
فانت طالق فهو استثناء صحيح لانه وصل الطلاق بالاستثناء بحرف الوصل وهو
الفاء فيصح التعليق بمشية الله تعالى كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وكذا
لو قال ان شاء الله وانت طالق جاز الاستثناء في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يقع
الطلاق وقال محمد هو استثناء منقطع والطلاق واقع في القضاء ويدين
فيما بينه وبين الله تعالى انه اراد به الاستثناء وجه قول محمد ان الجزاء اذا كان
متاخراً عن الشرط لا بد من ذكر حرف الاتصال وهو حرف الفاء ليتصل الجزاء
بالشرط فاذا لم يوجد لم يتصل فكان قوله ان شاء الله استثناء منقطعاً فلم يصح ويقع
الطلاق كما اذا قال ان دخلت الدار انت طالق فانه لا يتعلق لعدم حرف التعليق
وهو حرف الفاء فبقي تنجيزاً فيقع الطلاق كذا ههنا ولهما ان الفاء مضمر في كلامه
تصحيحاً للاستثناء والاضمار في مثل هذا الكلام جائز قال الشاعر

من يفعل الحسنات الله يشكرها ∴ والشر بالشر عند الله مثلان ∴

اي فالله يشكرها او يجعل الكلام على التقديم والتاخير تصحيحاً للاستثناء كانه قال
انت طالق ان شاء الله والتقديم والتاخير في الكلام جائز ايضاً في اللغة وهذان
الوجهان يصلحان لتصحيح الاستثناء فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لان كل
واحد منهما خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي الا ترى انه اذا قال ان دخلت
الدار انت طالق لا يتعلق وان امكن تصحيح التعليق باحد هذين الطريقين لكن
لما كان خلاف الظاهر لم يتعلق ولا يصدق انه اراد به التعليق في القضاء وانما
يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لا غير كذا هذا وجه الفرق بين المسئلتين
ان الحاجة الى ذكر حرف الفاء في التعليق بسائر الشروط اذا كان الجزاء متاخراً عن
الشرط يمكن الوقوف عليه والعلم في الملك ليتصل الجزاء بالشرط فيوجد عند
وجود الشرط لانه شرط يمكن الوقوف عليه والعلم به على تقدير وجوده فلا بد
من وصل الجزاء بالشرط بحرف الوصل بخلاف التعليق بمشية الله تعالى لان مشية الله

لان الواو للجمع فتصير الجملة كلاماً واحداً ولو قال ان شاء الله انت طالق

تعالى وقوع هذا الطلاق مما لا سبيل لنا الى الوقوف عليه راسًا حتى يقع الحاجة الى وصل
الجزآء به ليوجد عند وجوده فكان تعطيلا للكلام فى علمنا فلا حاجة الى ذكر حرف
الوصل بمثل هذا الشرط والدليل على التفرقة بين الشرطين انه اذا قال ان شاء الله
وانت طالق يصح الاستثنآء ولو قال ان دخلت الدار وانت طالق لا يصح التعليق
ويقع الطلاق للحال ولو قال انت طالق عنيت به التعليق لا يصدق قضآء ولا
ديانة لما ذكرنا كذا ههنا هذا كله اذا علق الطلاق بمشيئة الله تعالى فان علقه
بمشيئة من يوقف على مشيئته من العباد بان قال ان شاء زيد فالطلاق موقوف
على مشيئته فى المجلس الذى يعلم فيه بالتعليق لان هذا النوع من التعليق تمليك
لما يذكر فيتقيد بالمجلس كسائر التمليكات وان علقه بمشيئة من لا يوقف على مشيئته
نحو ان يقول ان شاء جبريل او الملائكة او الجن او الشياطين فهو بمنزلة التعليق
بمشيئة الله تعالى لانه لا يوقف على مشيئة هؤلاء كما لا يوقف على مشيئة الله تعالى
فصار كانه قال ان شاء الله ولو جمع بين مشيئة الله تعالى وبين مشيئة العباد فقال
ان شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يقع الطلاق لانه علقه بشرطين لا يعلم وجود احدهما
والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود احدهما كما لو قال ان شاء زيد وعمرو فشاء احدهما
والله الموفق ومنها ان لا يكون انتهآء الغاية فان كان لا يقع وهذا قول ابى
حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويقع وان جعل انتهآء
الغاية وهل يشترط ان لا يكون ابتدآء الغاية قال اصحابنا الثلاثة لا يشترط
وقال زفر يشترط والاصل فى هذا ان عند زفر الغايتان لا يدخلان ثم ينظران
بقى بينهما شئ وقع والا فلا وعند ابى يوسف ومحمد الغايتان يدخلان وعند
ابى حنيفة يدخل الاولى لا الثانية وبيان هذه الجملة اذا قال لامرأته انت
طالق من واحدة الى اثنتين او ما بين واحدة الى اثنتين فهى واحدة عند ابى حنيفة
وعندهما هى ثنتان وعند زفر لا يقع شئ ولو قال انت طالق من واحدة الى ثلث
او ما بين واحدة الى ثلاث فهى اثنتان فى قول ابى حنيفة وعندهما هى ثلاث وعند
زفر هى واحدة وجه قول زفر ان كلمة من لابتدآء الغاية وكلمة الى لانتهآء
الغاية يقال سرت من البصرة الى الكوفة اى البصرة كانت ابتداء غاية المسير والكوفة
كانت انتهآء الغاية والغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما فى البيع فانه
اذا قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط فالحائطان لا يدخلان فى البيع
وكان هذا منه ايقاع ما ضربت له الغاية لا الغاية فيقع ما ضربت له الغاية لا الغاية
وكذا اذا قال بعتك ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الحائطان فى البيع

فاما اذا علق بمشيئة عبد الله

كذا

كذا ههنا ولهذا لم يدخل احدى الغايتين عند ابى حنيفة كذا الاخرى ولهما ان
ما جعل غاية لا بد من وجوده اذ المعدوم لا يصلح غاية ومن ضرورة وجوده
وقوعه ولهذا دخلت الغاية الاولى فكذا الثانية بخلاف البيع فان الغاية
هنالك كانت موجودة قبل البيع فلم يكن وجودها بالبيع ليكون من ضرورة وجودها
بالبيع دخولها فيه فلم يدخل وابو حنيفة رحمه الله بنى الامر فى ذلك على العرف
والعادة فان الرجل يقول فى العرف لفلان على من مائة الى الف ويريد به
دخول الغاية الاولى لا الثانية وكذا يقال سن فلان من تسعين الى مائة ويراد به
دخول الغاية الاولى لا الثانية وكذا اذا قيل ما بين تسعين الى مائة وقيل ان
الاصمعى الزم زفر هذا الفصل على باب الرشيد فقال له كم سنك فقال
من سبعين الى ثمانين وكان سنه اقل من ثمانين فتحير زفر رحمه الله ولان انتهاء عمله
الغاية قد يدخل تحت ما ضربت له الغاية وقد لا يدخل قال الله تعالى ثم اتموا
الصيام الى الليل والليل لم يدخل تحت الامر بالصوم فيه فوقع الشك فى دخول
الغاية الثانية فى كلامه فلا يدخل مع الشك فان نوى واحدة فى قوله من واحدة الى
ثلاث كما قال زفر دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه
ولا يدين فى القضآء لانه خلاف الظاهر وقياس ظاهر اصلهما فى قوله انت طالق
انت طالق من واحدة الى اثنتين ان يقع الثلاث لان الغايتين يدخلان عندهما
الا انه يحتمل انه جعل تلك الواحدة داخلة فى الثنتين ويحتمل انه جعلها
غير الثنتين فلا يقع الزيادة على الثنتين بالشك وكذا روى عن ابى يوسف
انه قال فى رجل قال لامرأته انت طالق ثنتين الى ثنتين انه يقع ثنتان
لانه يحتمل ان يكون جعل الابتدآء هو الغاية كانه قال انت طالق من اثنتين
اليهما وروى عن ابى يوسف انه قال اذا قال انت طالق ما بين واحدة وثلاث
فهى واحدة لانه ما جعل الثلاث غاية وانما اوقع ما بين العددين وهو واحد
فيقع واحدة وان قال انت طالق ما بين واحدة الى اخرى او من واحدة الى واحدة
فهى واحدة اما على اصل ابى حنيفة فلان الغاية الاولى يدخل ولا يدخل
الثانية فيقع واحدة واما على اصلهما فالغايتان وان كانتا تدخلان جميعا
لكن يحتمل ان يكون المراد من قوله من واحدة الى واحدة اى منها واليها فلا يقع
اكثر من واحدة واما على اصل زفر فالغايتان لا تدخلان ولم يبق بينهما شئ
والله اعلم ومنها ان لا يكون مضروبًا فيه فان كان لا يقع ويقع المضروب
وهذا قول اصحابنا الثلثة وقال زفر هذا ليس بشرط ويقع المضروب

والمضروب فيه وبيان ذلك فيمن قال لامرأته انت طالق واحدة فى ثنتين
او قال واحدة فى ثلث او ثنتين فى ثنتين وجملة الجواب عنه انه ان نوى به
الظرف والوعا لا يقع الا المضروب بالاجماع لان الطلاق لا يصلح ظرفا وان
نوى به مع يقع المضروب والمضروب فيه وثبت ما يصح وقوعه بلا خلاف بقدر
وان نوى به الضرب والحساب او لم يكن له نية تقع المضروب لا المضروب فيه
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يقع المضروب والمضروب فيه بقدر
ما يصح وقوعه وجه قوله ان الواحد فى اثنين اثنان على طريق الضرب
والحساب والواحد فى الثلاث ثلاث والاثنان فى الاثنين اربع وهذا
يقتضى وقوع المضروب والمضروب فيه كما لو جمع بينهما بلفظ واحد
فقال انت طالق اثنتين او ثلاثا او اربعا الا ان العدد المجتمع له عبارتان
احديهما الاثنان والثلاث والاربع والاخرى واحد فى اثنين وواحد
فى ثلاث واثنان فى اثنين ولنا وجوه ثلثة احدها ان الضرب انما
يتقدر فيما له مساحة فاما ما لا مساحة له فلا يتقدر فيه الضرب
لان تقدير ضرب الاثنين فى الاثنين خطان بضم اليهما خطان اخران
فى هذا الوجه يقال اثنان فى اثنين اربعة والطلاق لا يحتمل المساحة
فاذا نوى فى عدد الطلاق الضرب فقد اراد محالا فبطلت نيته والثانى
ان الشئ لا يتعدد بالضرب وانما يتكثر اجزاؤه فواحد فى اثنين
واحد له جزوان واثنان فى اثنين اثنان لهما اربعة اجزاء فطلاق
له جزو واحد وطلاق له جزوان وثلثة واربعة واكثر من ذلك
سواء والثالث انه جعل المضروب فيه ظرفا للمضروب والطلاق
لا يصلح ظرفا اذ ظرف الشئ هو المحتوى عليه ولا يتصور احتواء
الطلاق على شئ لان الاحتواء من خواص الاجسام فلا يصلح ظرفا
للمضروب فلا يقع ولهذا لو قال لامرأته انت طالق فى دخولك
الدار او قال لها انت طالق فى حيضك لا يقع الطلاق للحال لانه
جعل الدخول والحيض ظرفا وانهما لا يصلحان ظرفا لاستحالة
تحقق معنى الظرف فيهما الا ان ثمة يتعلق الطلاق بالدخول والحيض
ويجعل فى بمعنى مع لمناسبة بينهما لان مع كلمة مقارنة والمظروف
يقارن الظرف فصار كانه قال انت طالق مع دخولك الدار ومع
حيضك وههنا لو اراد بفى مع فى قوله فى اثنتين او فى ثلاث يقع الثلاث

وكذا

وكذا

~~على مذهب الامام الاعظم سراج الامه وامام الايمة~~
~~ابي حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي رضي الله عنه~~
~~مصنف الشيخ الامام العالم صدر~~
~~الاسلام ابي بكر بن مسعود بن~~
~~احمد الكاساني~~
~~رحمة الله عليه~~
لعم لعم
لعم

وكذا لو اراد بكلمة فى حرف الواو لان الواو للجمع والظرف يجامع المظروف من جميع فيجوز استعمال كلمة الظرف على ارادة المقارنة او الاجتماع من جهة واحدة والله الموفق للسداد والهادى الى سبيل الرشاد
وصل واما الذي يرجع الى الوقت فهي مضي مدة الايلا فهو شرط وقوع الطلاق
بالايلا حتى لا يقع الطلاق قبل مضي المدة لان الايلا في حق احد الحكمين وهو
البر طلاق معلق بشرط ترك الفي في المدة لقوله تعالى وان عزموا الطلاق
فان الله سميع عليم روى عن ابن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم ان عزم
الطلاق ترك الفي اليها اربعة اشهر فقد جعل ترك الفي اليها اربعة اشهر
شرط وقوع الطلاق في الايلا بتلوه اول الكتاب والكلام في الايلا
يقع في مواضع في تفسير الايلا لغة وشرعا عباس

الايلا • الرجعة • العدة • الظهار • اللعان • الرضاع •
النفقات • الحضانة • العتاق • التدبير •
الاستيلاد • المكاتبة •

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد نبيه

والكلام في الايلا يقع في مواضع في تفسير الايلا لغة وشرعا وفي بيان
ركن الايلا وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكم الايلا وفي بيان ما يبطل به الايلا
اما تفسيره فالايلا في اللغة عبارة عن اليمين يقال الى اي حلف ولهذا سميت الية
وجمعها الايا قال الشاعر قليل الالايا حافظ ليمينه فان صدرت منه الالية برت
وفي حرف عبد الله بن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم للذين يقسمون
من نسايهم والقسم واليمين من الاسما المترادفة وقال الله تعالى ولا ياتل
اولوا الفضل منكم والسعة اي لا يحلف وفي الشرع عبارة عن اليمين على ترك
الجماع بشرايط مخصوصة نذكرها في مواضعها ان شا الله تعالى واما ركنه فهو
فهو اللفظ الدال على منع الجماع في الفرج موكدا باليمين بالله تعالى او بصفاته
او باليمين بالشرط والجزا حتى لو امتنع من جماعها وهجرها سنة او اكثر من
ذلك لم يكن موليا ما لم يات بلفظ يدل عليه لان الايلا يمين لما ذكرنا واليمين
تصرف قولي فلا بد من القول ولو اتى بلفظ يدل على ترك الجماع فيما دون
الفرج لم يكن ذلك ايلا في حق حكم البر لان حكم البر انما يثبت لصيرورته
ظالما بترك الجماع في الفرج لان حقها فيه ولو ذكر لفظا يدل على منع نفسه
عن الجماع في الفرج ولم يوكد باليمين لم يكن ايلا في حق حكم البر لان حكم
~~البر انما يثبت بصيرورته ظالما بترك الجماع في الفرج لان حقها فيه ولو ذكر~~
~~لفظا يدل على منع نفسه عن الجماع في الفرج ولم يوكد باليمين لم يكن ايلا~~
لان الظلم بالمنع والمنع لا يتاكد الا باليمين وقال الشافعي رحمه الله في
القديم لا يكون موليا الا بالحلف بالله تعالى وظاهر الاية يدفع هذا القول لان
الله تعالى قال للذين يولون والايلا في اللغة عبارة عن اليمين واسم اليمين
يقع على اليمين بالله تعالى ويقع على اليمين بالشرط والجزا لتحقق معنى اليمين
وهو القوة ولو حلف بغير الله تعالى وبغير الشرط والجزا لا يكون موليا حتى لا
تبين بمضي المدة من غير فيء ولا كفارة عليه ان قربها لانه ليس بيمين لانعدام
معنى اليمين وهو القوة وقال صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بابايكم ولا بالطواغيت
ومن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وروي من حلف بغير الله فقد اشرك
اما الالفاظ الدالة على منع النفس عن الجماع فانواع بعضها صريح وبعضها
يجري مجرى الصريح وبعضها كناية اما الصريح فلفظة المجامعة بان يحلف
ان لا يجامعها واما الذي يجري مجرى الصريح فلفظة القربان والوطي

والمباضعة

اليمين

النفس عن م

وانما يصير ظالما م

والمباضعة والافتضاض في البكر بان حلف ان لا يقربها او لا يطاها او لا يباضعها او
لا يفتضها وهي بكر لان القربان المضاف الى المراة يراد به الجماع في العرف قال الله
تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وكذا الوطي المضاف اليها غلب استعماله في
الجماع قال النبي صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن
ولا الحيالى حتى يستبران بحيضة والمباضعة مفاعلة من البضع وهو الجماع
او الفرج والافتضاض في العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة ماخوذ
من الفض وهو الكسر وكذا اذا حلف لا يغتسل منها لان الاغتسال منها لا يكون
الا بالجماع فاما الجماع في غير الفرج فالاغتسال لا يكون منها وانما يكون من الانزال
الا ترى انه ما لم ينزل لا يجب الاغتسال وفي الجماع في الفرج لا يقف وجوب
الاغتسال على وجود الانزال ولو قال لم اعن به الجماع لا يدين في القضا لكونه
خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لان اللفظ يحتمله في الجملة
واما الثانية فنحو لفظ الاتيان والاصابة بان حلف لا ياتيها او لا يصيب
منها يريد الجماع لانهما من كنايات الجماع لانهما يستعملان في الجماع وفي
غيره استعمالا على السوا فلا بد من النية وكذا لفظ الغشيان بان يحلف لا
يغشاها لان الغشيان يستعمل في الجماع قال الله تعالى فلما تغشاها حملت
اي جامعها ويستعمل في المجي وفي الستر وفي التغطية قال الله تعالى يوم
يغشاهم العذاب قيل ياتيهم وقيل يسترهم ويغطيهم فلا بد من النية
وكذا اذا حلف لا يمس جلده جلدها وقال لم اعن به الجماع يصدق لانه
يحتمل الجماع ويحتمل اللمس المطلق فيحنث بغير الجماع والايلا ما يوقف
الحنث فيه على الجماع ولانه يمكنه جماعها بغير مماسة الجلد بان
لف ذكره بحريرة فيجامعها وكذا اذا حلف لا يمسها لما قلنا وكذا اذا حلف
لا يضاجعها او لا يقرب فراشها فقال لم اعن به الجماع فهو يصدق
في القضا لان هذا اللفظ يستعمل في الجماع ويستعمل في غيره استعمالا واحدا
ولانه يمكنه جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش ولو حلف لا يجمع
راسي وراسك فان عنى به الجماع فهو مول لانه يحتمل الجماع وان لم
يعن به الجماع لم يكن موليا ولا يجتمعان على فراش واحد ولا مرفقة لانه لا تلزمه
الكفارة وله جماعها من غير اجتماع على الفراش ولا شي يجمع راسها عليه
ولو حلف لا يجمع راسي وراسك وسادة او لا يوويني واياك بيت او لا ابيت
معك في فراش فان عنى به الجماع فهو مول لانه يحتمل الجماع فتصح نيته

ذ

مرفقة

فكيف ما جامعها فهو حانث ولو لم يعن به الجماع فليس بمول ولا يأوي معها في
بيت ولا يبيت معها على فراش ولا يجتمعان على وسادة ليلا لا يلزمه الكفارة
ويطاوها على الارض والبواري ولو حلف لا يسوئك او لا غيظنك لا يكون موليا
الا اذا عني به من ترك الجماع لان المساءاة قد تكون بترك الجماع وقد تكون
بغيره وكذا الغيظ فلا بد من النية واما اليمين بالله تعالى وبصفاته فهي الحلف
باسم من اسما الله تعالى او بصفة من صفاته بلفظ لا يستعمل في غير الصفة او
يستعمل في الصفة وفي غيرها لكن على وجه لا يغلب استعماله في غير الصفة
وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الايمان ثم الايلا اذا كان بالله تعالى
اما ان اطلق الايلا واما ان علقه بشرط واما ان اضافه الى وقت وان اقّت
وقته الى غاية فان اطلق بان قال لامراته والله لا اقربك كان موليا للحال والاصل
فيه ان من منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح ان يكون مانعا وبما
يحلف به عادة يصير موليا او يقال من لا يمكنه قربان زوجته في المدة من
غير شي يلزمه بسبب اليمين فهو مول وقد وجد هاهنا لان ذكر اسم الله
تعالى يصلح مانعا تحرزا عن الهتك وهو مما يحلف به عرفا وعادة ولذا لا
يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شي يلزمه وهو الكفارة فيصير موليا
ولذا اذا قال لامراتيه والله لا اقربكما او يقول لنسابه الاربع والله لا
اقربكن وهما فصل واحد والثاني ان يقول والله لا اقرب احداكما او واحدا منكما
والثالث ان يقول والله لا اقرب واحدة منكما او واحدة منكن اما الاول اذا
قال لامراتيه والله لا اقربكما صار موليا منهما للحال حتى لو مضت اربعة اشهر
ولم يقربهما فيها بانتا جميعا وكذا اذا قال لنسايه الاربع والله لا اقربكن صار
موليا منهن للحال حتى لو لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر بن جميعا وهذا
قول اصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس ان لا يصير موليا في الاول
حتى يطا واحدة منهما فيصير موليا من الاخرى وفي الثاني ما لم يطا الثلاث
منهن فيصير موليا من الرابعة وهو قول زفر وجه القياس ان المولي من
لا يمكنه قربان من غير حنث يلزمه لانه لا يحنث بوطي احديهما اذ جعل شرط
الحنث قربانهما ولم يوجد وفي الصورة الثانية يمكنه قربان الثلاث منهن من
غير حنث يلزمه الا ترى انه لا يحنث بوطي الثلاث منهن ولم يوجد حد المولي
فلا يكون موليا واذا وطي احديهما او وطي الثلاث منهن فلا يمكنه وطي الباقية الا
بحنث يلزمه فوجد حد الايلا فيصير موليا وجه الاستحسان ان المولي من

فالمولى لا يخلو ط

وها هنا ثلاثة فصول احدها ان يقول لامراتيه والله لا اقربكما او يقول لنسايه الاربع

ويبطل صح

وها هنا يمكنه في الصورة الاولى قربان احديهما من غير حنث يلزمه صح

لا يمكنه وطي امراته في المدة من غير شي يلزمه بسبب اليمين وهاهنا لا
يمكنه وطيها في المدة من غير شي يلزمه بسبب اليمين لانه لو وطي
احديهما او الثلاث منهن تعين الاخرى للايلا وهذا شي يلزمه بسبب
اليمين لانه لو وطي احديهما او الثلاث فقد وجد حد الايلا فيكون
موليا ولو قرب احديهما لا كفارة عليه لعدم شرط الحنث وهو قربانهما
ولكن يبطل ايلاوه منها لان ذلك يقف على القربان وقد وجد والايلا
في حق الباقية على حاله لانعدام المبطل في حقها وهو القربان ولو
قربهما جميعا بطل ايلاوه وعليه كفارة اليمين لوجود المبطل لهما
والموجب للكفارة وهو قربانهما ولو ماتت احداهما قبل مضي اربعة
اشهر بطل ايلاوها ولا تجب الكفارة وان قرب الاخرى بعد ذلك
بالجماع لان شرط وجوب الكفارة قربانهما ولم يوجد ولو طلق احداهما
لا يبطل الايلا واما الثاني وهو ما اذا قال والله لا اقرب احداكما فانه
يصير موليا من احديهما حتى لو قرب احديهما لزمته الكفارة ويبطل
الايلا لوجود شرط الحنث وهو قربان احديهما ولو ماتت احديهما او طلق
احديهما ثلاثا او بانت بلا عدة تعينت الباقية للايلا لزوال المزاحمة
ولو لم يقرب احديهما حتى مضت المدة بانت احديهما بغير عينها وله
الخيار ان يوقع الطلاق في ايتهما شا لان الايلا في حق حكم البر تعليق الطلاق
شرعا بشرط ترك القربان في المدة فيصير كانه قال ان لم اقرب
احداكما اربعة اشهر فاحديكما طالق باين ولو نص على ذلك
فمضت المدة ولم يقرب احديهما طلقت احديهما غير عين وله الخيار
يوقع على ايتهما شا كذا هذا ولو اراد ان يعين الايلا في احديهما قبل مضي
اربعة اشهر لا يملك ذلك حتى لو عين احديهما ثم مضت اربعة اشهر
لم يقع الطلاق على المعينة بل يقع على احديهما بغير عينها ويخير في
ذلك لان اليمين تعلقت بغير المعينة فالتعيين يكون تغيير اليمين فلا يملك
ذلك لان تغيير اليمين ابطالها من وجه واليمين عقد لازم لا يحتمل الابطال
ولا يحتمل التغيير ولان الايلا في حق البر تعليق الطلاق بشرط عدم القربان
في المدة ومن علق الطلاق المبهم ثم اراد تغيير التعليق قبل وجود الشرط
لا يقدر على ذلك كما اذا قال لامراتيه اذا جا غد فاحداكما ثم اراد ان
يعين احديهما قبل مجي الغد لا يملك ذلك كذا هذا فاذا مضت المدة وبانت

٢ لو منه م

فقد وجد حد الايلا

ها

ع

ق

ن

٢ بشرط م

طالق م

احدهما بغير عينها فله الخيار في تعيين ايتهما شا للطلاق لان الطلاق اذا
وقع في المجهول تخير الزوج في التعيين فله ان يوقع الطلاق علي احديهما
فلو لم يوقع الطلاق علي واحدة منهما حتي مضت اربعة اشهر اخري
وقعت تطليقة اخري وبانت كل واحدة منهما بتطليقة في ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا يقع الطلاق علي الاخري وجه رواية
ابي يوسف انه الامن احديهما لامن كل واحدة منهما فلا يتناول الايلا
الا احديهما وجه ظاهر الرواية ان اليمين باقية لعدم الحنث وكان
تعليق طلاق احديهما لمضي المدة من غير فيء باقيا فاذا مضت
اربعة اشهر ووقع الطلاق علي احديهما فقد زالت مزاحمتها واليمين
باقية فتعينت الاخري لبقا اليمين في حقها وتعليق طلاقها كما لو زالت
المزاحمة بعد مضي المدة قبل اختيار الزوج بالموت بان ماتت احديهما
اليس انه تتعين الاخري كذا هاهنا وهل يتكرر الطلاق علي المولى منهما
بالايلا السابق بتكرر المدة لا نص في هذه المسلة واختلف المشايخ فيه
وتخريج بعضها قاويل فيه يعرف في الجامع الكبير وكذلك لو عين
الطلاق في احديهما بعد مضي اربعة اشهر ثم مضت اربعة اشهر
اخري بانت الاخري بتطليقة علي جواب ظاهر الرواية واما الثالث
وهو ما اذا قال والله لا اقرب واحدة منكما فانه يصير موليا منهما
جميعا حتي لو مضت اربعة اشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعا كذا ذكر
المسلة في الجامع من غير خلاف وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي ولم يذكر الخلاف وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي
فقال علي قول ابي حنيفة وابي يوسف يكون موليا منهما استحسانا وعلي
قول محمد يكون موليا من احديهما وهو القياس وجه القياس ان قوله
واحدة منكما لا يعبر به عنهما بل احدهما فصار كقوله والله لا اقرب
احديكما والدليل اذا قرب احداهما يحنث وتلزمه الكفارة فدل ان اليمين
تناولت احداهما لا غير وجه الاستحسان وهو الفرق بين المسلتين
ان قوله احديكما معرفة لانه مضاف الى الكناية والكنايات معارف
بل اعرف المعارف والمضاف الى المعرفة معرفة والمعرفة تخص في النفي
كما تخص في الاثبات وقوله واحدة منكما نكرة لانها نكرة بنفسها ولم يوجد
ما يوجب صيرورتها معرفة وهو اللام او الاضافة فبقيت نكرة وانها في

محل النفي فتعم والتخصيص والدليل علي التفرقة بينهما انه يستقيم ادخال
كلمة الاحاطة والاشتمال وهي كلمة كل علي واحدة منكما ولا يستقيم ادخا
علي احديكما حتي يصح ان يقال والله لا اقرب كل واحدة منكما ولا يصح ان
يقال له والله لا اقرب كل احديكما فدل ان قوله واحدة منكما تصلح لهما
وقوله احديكما لا تصلح لهما الا انه اذا قال والله لا اقرب واحدة منكما
فقرب احديهما يبطل ايلاوها ولا يبطل ايلا الباقية حتي لا تجب الكفارة
اما بطلان ايلا التي قربها فلوجود شرط البطلان وهو القربان ولم
يوجد القربان في الباقية فلا يبطل ايلاوها واما عدم وجوب الكفارة
فلعدم شرط الوجوب وهو قربانهما جميعا ولو قال لامراته وامته والله
لا اقربكما لا يكون موليا من امراته ما لم يقرب الامة فاذا قرب الامة صار
موليا من امراته لان المولي يمكنه قربان امراته في المدة من غير شي يلزمه
وقبل ان يقرب الامة يمكنه قربان امراته من غير حنث يلزمه لانه علق
الحنث بقربانهما فلا يحنث بقربان احديهما فاذا قرب الامة فقد صار
بحال لا يمكنه قربان زوجته من غير حنث يلزمه فصار موليا ولو قال
والله لا اقرب احديكما لم يكن موليا في حق البر لما ذكرنا ان قوله احديكما
معرفة لانه مضاف الي المعرفة والمعرفة تخص ولا تعم سوا كان في محل
الاثبات او محل النفي فلا يتناول الا احديهما والايلا في حق البر تعليق
الطلاق بشرط ترك القربان في المدة فصار كانه قال ان لم اقرب احديكما
في المدة فاحديكما طالق ولو قال ذلك لا يقع الطلاق الا اذا عني امراته
وما عني هاهنا فلا يمكن جعله ايلا في حق البر ولو قرب احديهما تجب
الكفارة لانه بقي يمينا في حق الحنث وقد وجد الحنث فتجب الكفارة كما لو
قال لاجنبية والله لا اقربك ثم قربها حنث ولا يكون ذلك ايلا في حكم البر
كذا هذا ولو قال والله لا اقرب واحدة منكما كان موليا من امراته لما ذكرنا
ان الواحدة نكرة في محل النفي فتعم عموم الانفراد كما لو قال لا اكلم واحدا من
رجال حلب الا انه لو قرب احداهما حنث لما ذكرنا ان شرط حنثه قربان
واحدة منهما لا قربانهما وقد وجد ولو كانت له امراتان حرة وامة فقال
والله لا اقربكما صار موليا منهما جميعا لان كل واحدة منهما محل فاذا مضي
شهران ولم يقربهما بانت الامة لمضي مدتها من غير قربان واذا مضي
شهران اخران بانت الحرة ايضا لتمام مدتها من غير فيء ولو قال والله

لا اقرب احد بكما يكون موليا من احدهما بغير عينه لان كل واحد منهما
محل الايلا وقد اضاف الايلا الي احدهما غير عين ولو اراد ان يعين احدهما
قبل مضي الشهرين ليس له ذلك لما بينا فيما تقدم واذا مضي شهران ولم
يقربهما بانت الامة لانها تعينت للايلا لسبق مدتها واستوفت
مدة الايلا علي الحرة فاذا مضت اربعة اشهر ولم يقربهما بانت الحرة لان اليمين
باقية اذ لم يوجد الحنث فكان تعليق طلاق احدهما باقيا فاذا مضي شهران
وقع الطلاق علي الامة فقد زالت مزاحمتها واليمين باقية فتعينت الحرة
لبقا الايلا في حقها وتعلق طلاقها بمضي المدة وانما استوفت مدة الايلا
علي الحرة لان ابتدا المدة انعقدت لاحداهما وقد تعينت الامة للسبق
فتبتدا المدة علي الحرة من وقت بينونة الامة بخلاف ما اذا قال لهما والله
لا اقربكما لان هنا كل انعقدت المدة لهما فاذا مضي شهران فقد تمت مدة
الامة فتتم مدة الحرة بشهرين اخرين ولو ماتت الامة قبل مضي الشهرين
تعينت الحرة للايلا من وقت اليمين حتي اذا مضت اربعة اشهر من
وقت اليمين تبين لزوال المزاحمة بموت الامة ولو قال والله لا اقرب
واحدة منكما يكون موليا منهما جميعا حتي لو مضي شهران تبين الامة
ثم اذا مضي شهران اخران تبين الحرة كما في قوله والله لا اقربكما الا انه اذا
قرب احداهما حنث وبطل الايلا لما ذكرنا فيما قبل وان علقه بشرط
يتعلق به بان قال ان دخلت هذه الدار او ان كلمت فلانا فوالله لا اقربك
وكذا لو اضافه الي وقت بان قال اذا جا غد فوالله لا اقربك او قال اذا جا
راس شهر كذا فوالله لا اقربك فاذا وجد الشرط او الوقت يصير موليا
ويعتبر ابتدا المدة من وقت وجود الشرط والوقت لان الايلا يمين
واليمين تحتمل التعليق بالشرط والاضافة الي الوقت كسائر الايمان وان
وقته الي غاية ينظر ان كان المجعول غاية لا يتصور وجوده في مدة الايلا
يكون موليا كما لو قال وهو في شعبان والله لا اقربك حتي اصوم المحرم
لانه منع نفسه عن قربانها بما يصلح مانعا لانه لا يمكنه قربانها الا بحنث
يلزمه وهو الكفارة الا ترا انه لا يتصور وجود الغاية وهو صوم المحرم
في المدة وكذا يعد مانعا في العرف لانه علق به عادة وكذا اذا قال
والله لا اقربك الا في مكان كذا وبينه وبين ذلك المكان اربعة اشهر فصاعدا
يكون موليا لانه لا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه وان كان اقل من ذلك لم يكن

موليا

موليا لامكان القربان من غير شي يلزمه وكذا لو قال والله لا اقربك حتي تفطمي
صبيك وبينها وبين الفطام اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا وان كان اقل
من ذلك لم يكن موليا لما قلنا ولو قال والله لا اقربك حتي تخرج الدابة من الارض
او حتي يخرج الدجال او حتي تطلع الشمس من مغربها فالقياس ان لا يكون
موليا لتصور وجود الغاية في المدة ساعة فساعة فيمكنه قربانها من غير
شي يلزمه في المدة فلا يكون موليا وفي الاستحسان يكون موليا لان خروج هذه
الاشيا لها علامات تتاخر عنها باكثر من مدة الايلا علي ما نطقت به الاخبار
فلا توجد هذه الغاية في زماننا في مدة اربعة اشهر عادة فلم تكن الغاية
متصورة الوجود عادة فلا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه عادة
فيكون موليا لان هذا اللفظ يذكر علي ارادة التابيد في العرف فصار كانه قال
والله لا اقربك ابدا وكذا اذا قال والله لا اقربك حتي تقوم الساعة كان موليا
وان كان يمكن في العقل قيام الساعة ساعة فساعة لكن قامت دلالات
الكتاب والسنن المشهورة علي انها لا تقوم الا بعد تقدم اشراطها العظام
كطلوع الشمس من مغربها وخروج الدجال وخروج ياجوج وماجوج ونحو
ذلك ولم يوجد شي من ذلك في زماننا فلم يكن القيام قبلها متصور
الوجود عادة علي ان مثل هذه الغاية تذكر ويراد بها التابيد في العرف
والعادة كما قال تعالي ولا يدخلون الجنة حتي يلج الجمل في سم الخياط اي
لا يدخلونها اصلا وراسا وكما يقال لا افعل كذا حتي يبيض القار ويشيب
الغراب ونحو ذلك فيصير كانه قال والله لا اقربك ابدا وان كان ما جعل
غاية يتصور وجوده في المدة فان كان مما لا يتصور بقا النكاح مع وجوده
بان قال والله لا اقربك حتي تموتي او حتي اموت او حتي تقتلي او حتي اقتل او
حتي اقتلك او حتي تقتليني كان موليا وان كان يتصور وجود هذه الاشيا
في المدة لكن لا يتصور بقا النكاح بعد وجودها فيصير حاصل هذا
الكلام كانه قال والله لا اقربك ما دمت زوجتي او ما دمت زوجك او ما
دمت حيا او ما دمت حية ولو قال ذلك كان موليا اذ لو لم يكن موليا
لما تصور انعقاد الايلا لان هذا التقدير ثابت في كل ايلا ولو قال لامراته
وهي امة الغير والله لا اقربك حتي املكك او املك شقصا يكون موليا لان
النكاح لا يبقي بعد ما ملكها او شقصا منها فيصير كانه قال لا اقربك ما دمت

زوجتي ولو قال والله لا اقربك حتى اشتريك لا يكون موليا لان النكاح لا يرتفع
بمطلق الشرا لجواز ان يشتريها لغيره فلا يملكها فلا يرتفع النكاح وكذا لو
قال حتى اشتريك لنفسي لانه قد يشتريها شرا فاسدا فلا يرتفع النكاح
لانه لا يملكها قبل التصرف ولو قال حتى اشتريك لنفسي واقبضك كان
موليا لان الملك في الشرا الفاسد يثبت بالقبض فيرتفع النكاح فيصير
تقديره والله لا اقربك مادمت في نكاحي وان كان مما يتصور بقا النكاح
مع وجوده فان كان مما لو حلف به لكان موليا يصير موليا اذا جعله غاية كان صح
والا فلا هذا اصل ابي حنيفة ومحمد واصل ابي يوسف رحمه الله ان امكنه قربانها
في المدة من غير حنث يلزمه لا يكون موليا وعلى هذا يخرج ما اذا قال
والله لا اقربك حتى اعتق عبدي فلانا او حتى اطلق امراتي فلانة او حتى
اصوم شهرا انه يصير موليا في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
لا يكون موليا لابي يوسف انه يتصور وجود هذه الغايات قبل مضي اربعة
اشهر فيمكنه قربانها من غير حنث يلزمه بسبب اليمين فلا يكون موليا
كما اذا قال والله لا اقربك حتى ادخل الدار او حتى اكلم فلانا ولهما انه منع
نفسه عن قربانها بما يصلح مانعا وبما يحلف به في العرف والعادة
وهو عتق عبده وطلاق امراته وصوم الشهر ولهذا لو حلف بهذه الاشيا
لكان موليا فكذا اذا جعلها غاية وكذا لا يمكنه قربانها من غير شي يلزمه
بسبب اليمين وهو اما وجوب الكفارة او عتق العبد او طلاق امراته
او صوم الشهر فيصير في التقدير كانه قال ان قربتك فعبدي حر او علي
كفارة يمين ولو قال هكذا لكان موليا كذا هذا بخلاف الدخول والكلام
ولو قال والله لا اقربك حتى اقتل عبدك او حتى اضرب عبدك او حتى اشتم
عبدك او حتى اضرب فلانا او اشتم فلانا وما اشبه ذلك لم يكن موليا او حتى اقتل فلانا صح
لانه لا يحلف بهذه الاشيا عرفا وعادة ولهذا لو حلف بشي من ذلك لم يكن
موليا فكذا اذا جعله غاية للايلا وكذا لو قال ان قربتك فعلي قتل عبدي او
ضرب عبدي او شتم عبدي او قتل فلان او ضرب فلان او شتم فلان
لم يكن موليا كما لو قال فعلي ان ادخل الدار او اكلم فلانا لما قلنا والله الموفق
واما اليمين بالشرط والجزا فنحو قوله ان قربتك فامراتي الاخرى طالق
او قال هذه طالق او قال فعبدي هذا حر او فانت علي كظهر امي او قال فعلي عتق امي صح

رقبة

رقبة او حجة او عمرة او المشي الى بيت الله تعالى او فعلي هدي او صدقة او صوم
او اعتكاف لان الايلا في يمين واليمين في اللغة عبارة عن القوة والحالف
يتقوى بهذه الاشيا على الامتناع من قربان امراته في المدة لان كل واحد منها
يصلح مانعا من القربان في المدة لانه يثقل على الطبع ويشق عليه فكان في
معنى اليمين بالله تعالى لحصول ما وضع له اليمين وهو التقوي على الامتناع
من مباشرة الشرط وكذا يعد مانعا في العرف والعادة لان الناس تعارفوا
الحلف بهذه الاشيا وكذا لبعضها مدخل في الكفارة وهو العتق والصدقة وهي
الاطعام والصوم والهدي والاعتكاف لا يصح بدون الصوم والحج والعمرة وان
لم يكن لهما مدخل في الكفارة فلهما تعلق بالمال لانه لا يتوسل اليهما الا بالمال غالبا
فاشبها العتق والصدقة لتعلقهما بالمال وذكر القدوري في مختصر الكرخي
خلاف ابي يوسف في قوله ان قربتك فعبدي حر ان على قول ابي يوسف لا
يكون موليا ولم يذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوي وجه
قول ابي يوسف ان المولي من لا يمكنه قربان امراته في المدة الا بحنث يلزمه
وها هنا يمكنه القربان من غير شي يلزمه بان يبيع العبد قبل ان يقربها ثم
يقربها فلا يلزمه شي فلم يكن موليا ولهما انه منع نفسه عن قربانها بما يصلح
مانعا ويعد مانعا في العرف والعادة فكان موليا واما قوله يمكنه ان يبيع
هر العبد قبل القربان فلا يلزمه شي بالقربان فنقول الملك قائم للحال والظا
الحال صح بقاوه والبيع موهوم فكان الحنث عند القربان لازما على اعتبار ظاهرا وغالبا
ولو قال ان قربتك فكل مملوك املكه فيما يستقبل حر او قال فكل امراة
اتزوجها طالق فهو مول في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا
اليمين بالقربان صح يكون موليا وجه قوله انه علق عند وجود القربان لا يلزمه شي
وانما يلزم بعد التملك والتزوج والجزا المانع من القربان ما يلزم عند
القربان ولانه يقدر على ان يمتنع عن التملك والتزوج فلا يلزمه شي فلم
يكن موليا وجه قولهما انه جعل القربان شرط انعقاد اليمين وكون
القربان شرط انعقاد اليمين يصلح مانعا عن القربان لانه اذا قربها
انعقدت اليمين واليمين اذا انعقدت تحتاج الى منع النفس عن تحصيل
الشرط خوفا عن نزول الجزا وبه تبين انه لا يمكنه قربانها من غير شي
يلزمه وقت القربان وهو انعقاد اليمين التي يلزم باخلالها حكم الحنث
فيصير موليا وقوله يمكنه ان لا يتملك فلا يلزمه شي قلنا وقد يملك من غير تملك

بالارث فلا يمكنه الامتناع عنه ولو قال ان قربتك فعلي صوم شهر كذا فان كان
ذلك الشهر يمضي قبل مضي الاربعة اشهر فهو مول لانه لا يمكنه وطيها في
المدة الا بصيام يلزمه ولو قال ان قربتك فعلي ان اصلي ركعتين او علي ان
اغزو لم يكن موليا في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يكون موليا
لذا ذكره القدوري في شرحه مختصر الكرخي وذكر الاسبيجابي في شرحه
مختصر الطحاوي الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة
وجه قول محمد ان الصلاة مما يصح ايجابه بالنذر كالصوم والحج
فيصير موليا كما لو قال فعلي صوم او حج وجه قولهما ان هذا لا يصلح مانعا
لانه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد مانعا في العرف ايضا الا ترى ان
الناس لم يتعارفوا الحلف بالصلاة والغزو بخلاف الحج فلا يكون موليا كما والصوم
لو قال لله علي صلاة الجنازة او سجدة التلاوة ولان لا مدخل للصلاة في الكفارة
ولا تعلق لها بالمال بخلاف الصوم والحج ولو قال ان قربتك فعلي كفارة او قال
فعلي يمين فهو مول لان قوله فعلي كفارة التزام الكفارة نصا وقوله فعلي
يمين اي موجب اليمين وهو الكفارة فكان بمنزلة قوله فعلي كفارة وقالوا
فيمن قال ان قربتك فعلي نحر ولدي انه مول عند اصحابنا الثلاثة خلافا
لزفر بناء على ان النذر بذبح الولد يصح ويجب ذبح الشاة عندنا وعند زفر هو
باطل لا يوجب شيئا ولو قال ان قربتك فانت علي مثل امراة فلان وفلان كان
آلى من امراته فان نوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بامراة آلى منها زوجها
باتيانه بلفظ موضوع للتشبيه فاذا نوى به الايلاء انصرف التشبيه اليه
وان لم ينو التحريم ولا اليمين لم يكن موليا لان التشبيه لا يقتضي المساواة
في جميع الصفات وقالوا فيمن قال لامراته انا منك مول انه ان نوى به الخبر
بالكذب يصدق فيما بينه وبين الله ولا يكون موليا لان لفظه لفظ الخبر
وخبر غير المعصوم يحتمل الكذب ولا يصدق في القضاء لان خبره يحمل على
الصدق ولا يكون صادقا الا بثبوت المخبر به وان عنى به الايجاب كان
كان موليا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ يستعمل في الايجاب
في العرف ولو آلى من امراته ثم قال لامراة له اخرى قد اشركتك في ايلاء بها
كان باطلا لان الشركة في الايلاء لو صحت لثبتت الشركة في المدة فيصير
لكل واحدة منهما اقل من اربعة اشهر وهذا يمنع صحة الايلاء لما نذكر ولو
قال ان قربتك فانت علي حرام فان نوى الطلاق فهو مول عندهم جميعا لانه

اذا نوى به الطلاق فقد جعل الطلاق جزاء مانعا من القربان فيصير كانه قال ان قربتك فانت طالق
ولو قال ذلك لصار موليا كذا هذا وان نوى اليمين فهو مولي للحال عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
لا يكون موليا ما لم يقربها وجه قولهما ان قوله انت علي حرام اذا نوى به اليمين او لا نية له يكون ايلاء بلا خلاف
بين اصحابنا كانه قال والله لا اقربك فصار الايلاء معلقا بالقربان كانه قال ان قربتك فوالله لا اقربك
ولو قال ذلك لا يصير موليا حتى يقربها كذا هذا ولابي حنيفة انه منع نفسه من قربان امراته في المدة بما يصلح
مانعا فيصير موليا كما لو قال ان قربتك فانت علي كظهر امي ثم لا بد من معرفة مسئلة الحرام اعني قوله لامراته
انت علي حرام من غير التعليق بشرط القربان ان حكمها ما هو وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان اضاف التحريم
الى شيء خاص نحو امراته او الطعام او الشراب او اللباس واما ان اضافه الى كل حلال على العموم فان اضافه الى
امراته بان قال انت علي حرام او قد حرمتك علي او انا عليك حرام او قد حرمت نفسي عليك او انت محرمة علي
فان اراد به طلاقا فهو طلاق لانه يحتمل الطلاق وغيره فان نوى الطلاق انصرف اليه وان نوى ثلاثا يكون
ثلاثا وان نوى واحدة يكون واحدة بائنة وان نوى اثنتين يكون واحدة بائنة عندنا خلافا لزفر لانه من جملة
كنايات الطلاق وان لم ينو الطلاق ونوى التحريم او لم يكن له نية فهو يمين عندنا ويصير موليا حتى لو تركها
اربعة اشهر بانت بتطليقة لان الاصل في تحريم الحلال ان يكون يمينا لما نبين وان قال اردت به الكذب يصدق
فيما بينه وبين الله تعالى ولا يكون يمينا ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء وقد اختلف السلف في هذه المسئلة
روي عن ابي بكر وعمر وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعايشة رضي الله عنهم انهم قالوا الحرام يمين حتى روي
عن ابن عباس انه قال اذا حرم الرجل امراته فهو يمين يكفرها ما لكم في رسول الله اسوة حسنة وروي عن عبد الله بن
عمر رضي الله عنهما انه قال ان نوى طلاقا فطلاق وان لم ينو طلاقا فيمين يكفرها وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه انه قال
فيه كفارة يمين ومنهم من جعله طلاقا ثلاثا وهو علي رضي الله ومنهم من جعله طلاقا رجعيا وعن مسروق انه قال
ليس ذلك بشيء ما ابالي حرمتها او قصعة من ثريد وقال الشافعي ليس بيمين وفيه كفارة بنفس اللفظ ولقب المسئلة
ان تحريم الحلال هل هو يمين عندنا يمين وعنده ليس بيمين وجه قوله ان تحريم الحلال تغيير الشرع والعبد
لا يملك تغيير الشرع ولهذا خرج قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك مخرج العتاب لرسول الله صلى الله
عليه وسلم فدل انه ليس لاحد ان يحرم ما احله الله تعالى وبه تبين ان اليمين لا يحرم المحلوف عليه على الحالف
وانما يمنعه مع كونه حلالا ولنا الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك
الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم قيل ان الاية في تحريم جاريته مارية القبطية لما قال هي علي حرام وسمى الله تعالى
ذلك يمينا بقوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بالكفارة وفي بعض القراءات قد فرض الله لكم كفارة ايمانكم والخطاب
عام يتناول رسول الله صلى الله عليه وسلم وامته واما السنة فما روى ابن عباس عن عمر بن الخطاب رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الحرام يمينا واما الاجماع فما روينا عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم
انهم جعلوا الحرام يمينا وبعضهم نص على وجوب كفارة اليمين فيه وكفارة اليمين ولا يمين لا يتصور فدل
على انه يمين وقول من جعله طلاقا ثلاثا محمول على ما اذا نوى الثلاث لان الحرمة نوعان غليظة وخفيفة
فكانت نية الثلاث تعيين بعض ما يحتمله اللفظ فيصح واذا نوى واحدة كانت واحدة بائنة لان اللفظ
ينبي عن الحرمة والطلاق الرجعي لا يوجب الحرمة للحال واثبات حكم اللفظ على الوجه الذي ينبي عنه

[Margin notes: وهو التحريم وهو حد المولى صح — فيمين صح — اي وسع الله عليكم واباح لكم ان تحللوا من ايمانكم صح]

وكفارة اليمين

اللفظ اولى ولان المخالف يوجب فيه كفارة اليمين تستدعي وجود اليمين فدل ان هذا اللفظ يمين
فى الشرع فاذا نوى به الكذب لا يصدق فى ابطال اليمين فى القضاء لعدوله عن الظاهر واما قوله
ان تحريم الحلال تغيير الشرع فالجواب عنه من وجهين احدهما ان هذا ليس بتحريم الحلال من الحالف
حقيقة بل من الله تعالى لان التحريم اثبات الحرمة كالتحليل اثبات الحل والعبد لا يملك ذلك بل الحرمة
والحل وسائر المحكومات الشرعية تثبت باثبات الله تعالى لا صنع للعبد فيها اصلا انما من العبد مباشرة
سبب الثبوت هو المذهب عند اهل السنة والجماعة فلم يكن هذا من الزوج تحريم ما احل الله تعالى بل مباشرة
سبب ثبوت الحرمة او منع النفس عن الانتفاع بالحلال لان التحريم فى اللغة عبارة عن المنع وقد يمتنع
العبد من تناول الحلال لغرض له فى ذلك ويسمى ذلك تحريما قال الله تعالى وحرمنا عليه المراضع من
قبل والمراد منه امتناع موسى عليه الصلوة والسلام عن الارتضاع من غير ثدى امه لا التحريم الشرعي
وعلى احد هذين الوجهين يحمل التحريم المضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل لو كان الامر
على ما ذكرتم لم يكن ذلك منه تحريم الحلال حقيقة فما معنى الحاق العتاب به فالجواب عنه من وجهين احدهما
ان ظاهر الكلام ان كان يوهم العتاب فليس بعتاب فى الحقيقة بل هو تخفيف المونة عليه فى حسن العشرة
والصحبة مع ازواجه لانه كان مندوبا الى حسن العشرة معهن والشفقة عليهن والرحمة بهن فبلغ
فى حسن العشرة والصحبة مبلغا امتنع عن الانتفاع بما احل الله له يبتغى به حسن عشرتهن فخرج ذلك
مخرج تخفيف المونة فى حسن العشرة معهن لا مخرج النهى والعتاب وان كانت صيغته صيغة النهى والعتاب
وهو كقوله تعالى فلا تذهب نفسك عليهم حسرات والثانى ان كان ذلك الخطاب عتابا فيحتمل انه انما عوتب
لانه فعل بلا اذن سبق من الله تعالى وان كان ما فعل مباحا فى نفسه وهو منع نفسه عن تناول الحلال
والانبياء عليهم الصلوة والسلام يعاتبون على ادنى شئ يوجد منهم مما لو كان ذلك من غيرهم يعد من افضل شمائله
كما قال الله تعالى عفى الله عنك لم اذنت لهم وقال عبس وتولى ان جاءه الاعمى ونحو ذلك والثانى ان كان هذا تحريم
الحلال ولكن لم قلت ان كل تحريم حلال من العبد تغيير الشرع بل ذلك نوعان تحريم ما احله الله تعالى مطلقا
وذلك تغيير بل اعتقاده كفر وتحريم ما احله الله تعالى موقتا الى غاية وهذا لا يكون تغييرا بل يكون بيان نهاية الحل
الا ترى ان الطلاق مشروع وان كان تحريم الحلال لكن لما كان الحل موقتا الى غاية وجود الطلاق لم يكن التطليق
من الزوج تغيير الشرع بل كان بيان انتهاء الحل وعلى هذا سائر الاحكام التى يحتمل الارتفاع والسقوط وعلى هذا
سبيل الفسخ فيما يحتمل الانفساخ فكذا قوله لامرأته انت على حرام وان نوى بقوله انت على حرام الظهار كان ظهارا سبيل الفسخ فيما يحتمل الانفساخ
عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا يكون ظهارا وجه قوله ان الظهار تشبيه الحلال بالحرام والتشبيه
لا بد له من حرف التشبيه ولم يوجد فلا يكون ظهارا ولهما انه وصفها بكونها محرمة والمرأة تارة تكون
محرمة بالطلاق وتارة تكون محرمة بالظهار فاى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق
فيه هذا اذا اضاف التحريم الى المرأة فاما اذا اضافه الى الطعام والشراب واللباس بان قال بلغ
هذا الطعام على حرام او هذا الشراب او هذا اللباس فهو يمين عندنا وعليه الكفارة اذا فعل و
وقال الشافعى اذا كان ذلك فى غير الزوجة والجارية لا يجب به شئ وهى مسئلة تحريم الحلال
انه يمين ام لا وجه قول الشافعى ما ذكرنا فى المسئلة الاولى ولنا قوله تعالى يا ايها النبى

النبى لم تحرم

نبرئ نزولها شرب عليه السلام عسلا عند حفصة فواطأت عائشة وسودة وصفية فقلن له انا نشم منك ريح المغافير فحرم العسل فنزلت قاضى

النبى لم تحرم ما احل الله لك قيل نزلت الاية فى تحريم العسل وقد سماه الله تعالى
يمينا بقوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فدل ان تحريم غير الزوجة والجارية
يمين موجب للكفارة لان تحلة اليمين هى الكفارة فان قيل قد روى انها نزلت
فى تحريم جاريته مارية فالجواب انه لا يمتنع ان تكون الاية نزلت فيهما لعدم
التنافى ولانه لو اضاف التحريم الى الزوجة والجارية كان يمينا واذا اضيف
الى غيرهما ايضا كان يمينا فكذا اذا اضيف الى غيرهما كلفظ القسم اذا اضيف
الى الزوجة والجارية كان يمينا فاذا اضيف الى غيرهما كان يمينا كذا هذا فان فعل ايضاح
مما حرمه قليلا او كثيرا حنث وانحلت اليمين لان التحريم المضاف الى العين
يوجب تحريم كل جزء من اجزاء العين كتحريم الخمر والخنزير والدم والميتة
فاذا تناول شيا منه فقد فعل المحلوف عليه فيحنث وتنحل اليمين بخلاف
ما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام فاكل بعضه انه لا يحنث لان الحنث هناك كل
تعلق بالشرط وهو اكل الطعام والمعلق بشرط لا ينزل عند وجود
بعض الشرط ولو قال نساى على حرام ولم ينو الطلاق فقرب
احديهن كفر وسقطت اليمين فيهن جميعا لانه اضاف التحريم
الى جمع فيوجب تحريم كل فرد من افراد الجمع فصار كل فرد من افراد الجمع
محرما على الانفراد فاذا قرب واحدة منهن فقد فعل ما حرمه على نفسه
فيحنث وتلزمه الكفارة وينحل اليمين وان لم يقرب واحدة منهن حتى
مضت اربعة اشهر بن لان حكم الايلا ثبت فى حق كل واحدة منهن
على الانفراد والايلا يوجب البينونة بمضى المدة من غير فيء هذا اذا
اضاف التحريم الى نوع خاص فاما اذا اضافه الى الانواع كلها بان قال
كل حلال على حرام فان لم يكن له نية فهو على الطعام والشراب خاصة
استحسانا والقياس ان يحنث عقيب كلامه وهو قول زفر وجه
قول زفر ان اللفظ خرج مخرج العموم فيتناول كل حلال وكما فرغ
عن يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه فيحنث وجه الاستحسان
ان هذا عام لا يمكن العمل بعمومه لانه لا يمكن حمله على كل مباح من
فتح عينه وغض بصره وتنفسه وغيرها من حركاته وسكناته
المباحة لانه لا يمكنه الامتناع عنها والعاقل لا يقصد بيمينه منع نفسه
عما لا يمكنه الامتناع عنه فلم يمكن العمل بعموم هذا اللفظ فيحمل على
الخصوص وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والعادة لان هذا اللفظ

يستعمل فيهما في العرف ونظيره قوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب
الجنة لما لم يمكن العمل بعمومه لثبوت المساواة بين المسلم والكافر في اشياء كثيرة
حمل على الخصوص وهو نفي المساواة بينهما في العمل في الدنيا او في الاخرة
كذا هنا فاذا نوى مع ذلك او امراته فالتحريم واقع على ذلك اجمع
واي شيء من ذلك فعل لزمته الكفارة لان اللفظ صالح لتناول كل المباحات
وانما حملناه على الطعام والشراب بدليل العرف فاذا نوى شيئا زائدا
على المتعارف فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه
فيقبل قوله فاذا نوى شيئا بعينه دون غيره بان نوى نوع الطعام خاصة
او الشراب خاصة او اللباس خاصة او امراته خاصة فهو على ما نوى
فيما بينه وبين الله وفي القضاء لما ذكرنا ان هذا اللفظ متروك العمل
بظاهر عمومه ومثله يحمل على الخصوص فاذا قال اردت واحدا
بعينه دون غيره فقد نوى ظاهر لفظ هو متروك الظاهر فلم
يوجد منه العدول عن الظاهر فيصدق وان قال كل حل علي
حرام ونوى امراته كان عليها وعلى الطعام وعلى الشراب لان الطعام
والشراب دخلا تحت ظاهر اللفظ ولم ينفهما بنيته فبقيا داخلين
تحت اللفظ بخلاف الفصل الاول لان هناك نوى امراته خاصة
ونفى الطعام والشراب بنيته وقد دخلا تحت اللفظ فنفيا كذلك
ما لم يتنفيا بالنية وان نوى في امراته الطلاق لزمه الطلاق فيها
فان اكل او شرب لم تلزمه الكفارة لان اللفظ الواحد لا يجوز حمله
على الطلاق واليمين لاختلاف معناهما واللفظ الواحد لا يحتمل
معنيين مختلفين فاذا اريد به في الزوجة الطلاق الذي هو
اشد الامرين واغلظهما لا يبقى الاخر مرادا وكذا روي عن ابي حنيفة
يوسف ومحمد في رجل قال لامراتين له انتما علي حرام يعني في احديهما
الطلاق وفي الاخرى الايلاء فهما طالقان جميعا لما ذكرنا ان اللفظ الواحد
لا ينتظم معنيين مختلفين فاذا ارادهما بلفظ واحد يحمل على اغلظهما
ويقع الطلاق عليهما ولو كان قال هذه علي حرام ينوي الطلاق
وهذه علي حرام ينوي الايلاء كان كما نوى لانهما لفظان فيجوز ان يراد
باحدهما خلاف ما يراد بالاخر وعن ابي يوسف فيمن قال لامراتيه
انتما علي حرام ينوي في احديهما ثلاثا وفي الاخرى واحدة انهما جميعا

طالقان

المساواة بينهما ح

في الجزاء ح

اللباس ح

وحده ح

فانه ح

فلم يدخل في نيته وههنا لم ينف الطعام والشراب بنيته ح

طالقان ثلاثا لان حكم الواحدة البائنة بخلاف حكم الثلاث لان الثلاث
توجب الحرمة الغليظة واللفظ الواحد لا يتناول معنيين مختلفين في
حالة واحدة فاذا ارادهما يحمل على اغلظهما واشدهما وقال ابن سماعة
في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل قال ما احل الله علي حرام من مال
واهل ونوى الطلاق في اهله ولا نية له في الطعام فان اكل لم يحنث لما
قلنا وكذلك لو قال هذا الطعام علي حرام وهذه ينوي الطلاق لان اللفظة
واحدة وقد تناول الطلاق فلا يتناول تحريم الطعام وقال لو فيمن قال
لامراته انت علي كالدم والميتة ولحم الخنزير او كالخمر انه يسال عن نيته
فان نوى كذبا فهو كذب لان هذا اللفظ ليس صريحا في التحريم ليجعل
يمينا فيصدق انه اراد به الكذب بخلاف قوله انت علي حرام فانه
صريح في التحريم فكان يمينا ولو نوى التحريم فهو ايلاء لانه شبهها
بما هو محرم فكانه قال انت علي حرام وان نوى الطلاق فالقول
فيه كالقول فيمن قال لامراته انت علي حرام ينوي الطلاق وروى
ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامراته ان فعلت كذا فانت امي يريد
التحريم قال هو باطل لانه لم يجعلها مثل امه ليكون تحريما وانما جعلها
امه فيكون كذبا قال محمد رحمه الله ولو ثبت التحريم بهذا لثبت اذا
قال انت حوبي وهذا لا يصح وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال
لامراته انت معي حرام فهو مثل قوله انت علي حرام لان هذه الحروف
يقام بعضها مقام بعض والله اعلم **فصل** واما شرايط ركن الايلا
فنوعان نوع هو شرط صحته في حق حكم البر وهو الطلاق واما الاول
فموضع بيانه كتاب الايمان لان الايلا يساوي سائر الايمان في حق
احد الحكمين وهو حكم الحنث وانما يخالفها في حق الحكم الاخر وهو
حكم البر لانه لا حكم لسائر الايمان عند تحقق البر فيها وللايلاء عند
تحقق البر حكم وهو وقوع الطلاق كانه قال اذا مضت اربعة اشهر
ولم اقربك فيها فانت طالق باين فنذكر الشرايط المختصة به في حق
هذا الحكم فنقول لركن الايلا في حق هذا الحكم شرايط بعضها يعم كل
يمين بالطلاق وبعضها يخص الايلا اما الذي يعم فما ذكرنا من الشرايط
فيما تقدم من العقل والبلوغ وقيام ملك النكاح او الاضافة الى الملك حتى
لا يصح ايلا الصبي والمجنون لانهما ليسا من اهل الطلاق وكذا لو آلى من

في حالة واحدة

نواه ح

قال ح

قال ح

في حق حكم الحنث ونوع هو شرط صحته ح

او هو تعلق الطلاق البائن شرعا بشرط البر صح

امته او مدبرته او ام ولده لم يصح ايلاؤه في حق هذا الحكم لان الله تعالى
خص الايلا بالزوجات بقوله للذين يؤلون من نسائهم والزوجة
اسم للمملوكة بملك النكاح وشرع الايلا في حق هذا الحكم لدفع الظلم
عنها من قبل الزوج لمنعه حقها في الجماع منعا موكدا باليمين ولا حق
للامة قبل مولاها في الجماع فلا يتحقق الظلم فلا تقع الحاجة الى الدفع
بوقوع الطلاق ولان الفرقة الحاصلة بمضي المدة من غير فيء فرقة
بطلاق ولا طلاق بدون النكاح ولو آلى منها وهي مطلقة فان كان الطلاق
رجعيا فهو مول لبقا الملك من كل وجه ولهذا صح طلاقه وظهاره
وبينونة وان كان باينا او ثلاثا لم يكن موليا لزوال الملك والحل بالابانة
والثلاث والايلا لا ينعقد في غير الملك ابتدا وان كان يبقى بدون الملك
على ما نذكر وعلى هذا يخرج ما اذا قال لاجنبية والله لا اقربك ثم تزوجها
انه لا يصير موليا في حق حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر بعد التزوج
ولم يقربها لا يقع عليها شي لانعدام الملك والاضافة الى الملك ولو قربها
بعد التزوج او قبله تلزمه الكفارة لانعقاد اليمين في حق حكم الحنث
ولو قال لها ان تزوجتك فوالله لا اقربك فتزوجها صار موليا عندنا
لوجود الملك عند التزوج واليمين بالطلاق يصح في الملك ومضافا
الى الملك وهاهنا وجدت الاضافة الى الملك فيصير موليا بخلاف الفصل
الاول وجميع ما ذكرنا من شرايط صحة التطليق فهو من شرط صحة
الايلا في حق الطلاق واما الذي يخص الايلا فشيان احدهما المدة
وهي ان يحلف على اربعة اشهر فصاعدا في الحرة او يحلف مطلقا او مويدا
وهذا قول عامة الصحابة وعامة العلما رضي الله عنهم وقال بعض اهل العلم
ان مدة الايلا غير مقدرة يستوي فيها القليل والكثير حتى لو حلف
لا يقربها يوما او ساعة كان موليا حتى لو تركها اربعة اشهر بانت
وكذلك روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقال عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما ان الايلا على الابد وقال الشافعي لا يكون موليا حتى يحلف
على اكثر من اربعة اشهر وجه قول الاولين ما روي عن انس بن مالك
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهرا فلما كان
تسعة وعشرين ترك ايلاءهن فقيل له انك آليت شهرا يا رسول
الله فقال الشهر تسعة وعشرون يوما ولان الله تعالى لم يذكر في كتابه مدة بل

(هامش: ثبت خلاف ابن عباس رضي الله عنهما ... وازنا ورد في الازواج تخصيص ... اعتبار الايلا [illegible] هذا الحكم صح)

(هامش: كذا ص)

(هامش: حتى لو حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا في حق الطلاق صح)

اطلقه

اطلقه اطلاقا بقوله للذين يؤلون من نسائهم فيجري على اطلاقه وانما ذكر
المدة لثبوت البينونة حتى تبين بمضي المدة من غير فيء ليصير التصرف
ايلا شرعا ونحن به نقول ولنا قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص
اربعة اشهر ذكر الايلا في حكم الطلاق مدة مقدرة فلا يكون الحلف على
ما دونها ايلا في حق هذا الحكم وهذا لان الايلا ليس بطلاق حقيقة وانما
جعل طلاقا معلقا بشرط البر شرعا بوصف كونه مانعا من الجماع
اربعة اشهر فصاعدا فلا يجعل طلاقا بدونه ولان الايلا يرتفع بمضي
الوقت المذكور من اليوم والشهر واذا لم يبق الايلا لا يبقى حكمه ولان
الايلا هو اليمين التي تمنع الجماع خوفا من لزوم الحنث وبعد مضي
يوم او شهر يمكنه ان يطاها من غير حنث يلزمه فلا يكون هذا ايلا
واما قولهم ان المدة ذكرت لثبوت حكم الايلا لا للايلا فنقول ذكر المدة
في حكم الايلا يكون ذكرا في الايلا لان الحكم ثبت بالايلا اذ به يتاكد المنع
المحقق للظلم واما الحديث فالمروي ان النبي صلى الله عليه وسلم
آلى ان لا يدخل على نسائه شهرا وعندنا من حلف لا يدخل على امراته يوما
او شهرا او سنة لا يكون موليا في حق حكم الطلاق ولان الايلا يمين
يمنع الجماع وهذا لا يمنع الجماع وقول عبد الله بن عباس الايلا على
الابد محتمل يحتمل ان يكون معناه ان الايلا اذا ذكر مطلقا عن الوقت يقع
على الابد وان لم يذكر الابد ونحن به نقول ويحتمل انه اراد به ان ذكر الابد
شرط صحة الايلا في حق حكم الطلاق فيحمل على الاول توفيقا بين
الاقاويل والدليل عليه ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما
انه قال كان ايلا اهل الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك
فوقته الله اربعة اشهر فمن كان ايلاؤه اقل من اربعة اشهر فليس بايلا
ولانه ليس في النص شرط الابد فيلزمه اثبات حكم الايلا في حق الطلاق
عند مضي اربعة اشهر فلا تجوز الزيادة الا بدليل واما الكلام مع الشافعي
فمبني على حكم الايلا في حق الطلاق فعندنا اذا مضت اربعة اشهر تبين
منه وعنده لا تبين بل يتوقف بعد مضي هذه المدة ويخير بين الفي والتطليق
فلا بد وان تزيد المدة على اربعة اشهر ونذكر المسلة في بيان حكم الايلا ان
شا الله وسوا كان الايلا في حال الرضا او الغضب اراد به اصلاح ولده في
الرضاع او الاضرار بالمراة عند عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم

(هامش: لا ص)

وهو الصحيح لان الايلا لا يفصل بين حال وحال ولان الايلا يمين فلا يختلف حكمه
بين الرضا والغضب وارادة اصلاح الولد والاضرار كساير الايمان واما مدة
ايلا الامة المنكوحة فشهران فصاعدا عندنا وعند الشافعي رحمه الله
مدة ايلا الامة كمدة ايلا الحرة واحتج بقوله تعالى للذين يولون من نسايهم
تربص اربعة اشهر من غير فصل بين الحرة والامة والكلام من حيث المعنى
مبني على اختلاف اصل نذكره في حكم الايلا وهو ان مدة الايلا ضربت اجلا
للبينونة عندنا فاشبه مدة العدة فتتنصف بالرق كمدة العدة وعنده
ضربت لاظهار ظلم الزوج بمنع حقها عن الجماع في المدة وهذا يوجب التسوية
بين الامة والحرة في المدة كاجل العنين ولا حجة له في الاية لانها تناولت
الحراير الاما لانه ذكر عدة الطلاق في عقبه بقوله والمطلقات يتربصن
بانفسهن ثلاثة قروء وهي عدة الحراير وسوا كان زوجها حرا او عبدا
فالعبرة لرق المراة وحريتها لا لرق الرجل وحريته لان الايلا في حق احد الحكمين
طلاق فيعتبر فيه جانب النسا ولو اعترض العتق على الرق بان كانت
مملوكة وقت الايلا ثم اعتقت تحولت مدتها مدة الحراير بخلاف العدة
فانها اذا طلقت طلاقا باينا ثم اعتقت لا تنقلب عدتها عدة الحراير وفي
الطلاق الرجعي تنقلب والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان
شا الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامراته الحرة والله لا اقربك اربعة
اشهر الا يوما انه لا يكون موليا لنقصان المدة ولو قال لها والله لا اقربك شهرين
وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بين شهرين وشهرين
بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال والله لا
اقربك اربعة اشهر ولو قال والله لا اقربك شهرين ومكث يوما ثم قال
والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين الاولين لم يكن موليا لانه اذا سكت
يوما فقد مضى يوم من غير حكم الايلا لان الشهرين ليسا بمدة الايلا في حق
الحرة فاذا قال وشهرين بعد هذين الشهرين فقد جمع الشهرين الاخرين
الى الاولين بعد ما مضى يوم من غير حكم الايلا فصار كانه قال والله لا اقربك
اربعة اشهر الا يوما ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا للحال
في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يكون موليا للحال حتى لو مضت السنة
ولم يقربها لا تبين ولو قربها يوما فلا كفارة عليه عندنا وعنده اذا مضت
اربعة اشهر منذ قال هذه المقالة لم يقربها فيها تبين ولو قربها تلزمه

ش
تحاله
ولو قال ذلك لم يكن موليا لنقصان المدة لذا هذا صح

الكفارة

الكفارة وجه قوله ان اليوم المستثنى ينصرف الى اخر السنة كما في الاجارة
فانه لو قال اجرتك هذه الدار سنة الا يوما انصرف اليوم الى اخر السنة
حتى صحت الاجارة كذا هاهنا واذا انصرف الى اخر السنة كانت مدة الايلا
اربعة اشهر وزيادة ولانه اذا انصرف الى اخر السنة فلا يمكنه قربان
امراته في الاربعة الاشهر من غير حنث يلزمه وهذا حد المولي ولنا
ان المستثنى يوم منكر فتعيين اليوم الاخير تغيير الحقيقة ولا يجوز تغيير الحقيقة
من غير ضرورة فبقي المستثنى يوما شايعا فكان له ان يجعل ذلك اليوم اي يوم
شا فلا تكمل المدة ولانه اذا استثنى يوما شايعا في الجملة فلم يمنع نفسه
عن قربان امراته بما يصلح مانعا من القربان في المدة لان له ان يعين يوما
للقربان اي يوم كان يقربها فيه من غير حنث يلزمه فلم يكن موليا وفي باب
الاجارة مست الضرورة الى تغيير الحقيقة لصحة الاجارة اذ لا صحة لها
بدونه لان كون المدة معلومة في الاجارة شرط صحة الاجارة ولا تصير
معلومة الا بانصراف الاستثنا الى اليوم الاخير وهاهنا لا ضرورة لان جهالة
المدة لا تبطل اليمين فان قال ذلك ثم قربها يوما ينظر ان بقي من السنة
اربعة اشهر فصاعدا صار موليا لوجود حد المولي وان بقي اقل من ذلك
لا يصير موليا لنقصان المدة ولانعدام حد الايلا وعلى هذا الخلاف اذا قال
والله لا اقربك سنة الا مرة غير ان في قوله الا يوما اذا قربها وقد بقي من
السنة اربعة اشهر فصاعدا لا يصير موليا ما لم تغرب الشمس من ذلك
اليوم ويعتبر ابتدا المدة من وقت غروب الشمس من ذلك اليوم لان اليوم
اسم لجميع هذا الوقت من اوله الى اخره فلا ينتهي الا بغروب الشمس وفي قوله
الا مرة يصير موليا عقيب القربان بلا فصل ويعتبر ابتدا المدة من وقت
القربان لان المستثنى هنا هو القربان مرة لا اليوم والمستثنى هناك هو اليوم
لا المرة لذلك افترقا ثم مدة اشهر الايلا تعتبر بالاهلة ام بالايام فنقول لا
خلاف ان الايلا اذا وقع في غرة الشهر تعتبر المدة بالاهلة وان وقع
في بعض الشهر لم يذكر عن ابي حنيفة نص رواية وقال ابو يوسف
تعتبر بالايام وذلك مائة وعشرون يوما وروى عن زفر انه يعتبر بقية
الشهر بالايام والشهر الثاني والثالث بالاهلة ويكمل ايام الشهر الاول بالايام
من اول الشهر الرابع ويحتمل ان يكون هذا على اختلاف في عدة الطلاق
والوفاة على ما نذكره هناك ان شا الله تعالى والثاني ترك الفي في المدة

فيصير موليا صح
المستثنى
في السنة صح
لوجود كمال مدة الايلا صح
فراغه من القربان مرة صح

لان الله تعالى جعل عزم الطلاق شرطا وقوعه بقوله وان عزموا الطلاق فان
الله سميع عليم وكلمة ان للشرط وعزم الطلاق ترك الفيء في المدة والكلام
في الفيء يقع في مواضع في تفسير الفيء المذكور في الاية انه ما هو وفي بيان
شرط صحة الفيء وفي بيان وقت الفيء انه قبل انقضا المدة او بعد
انقضايها اما الاول فالفيء عندنا على ضربين احدهما بالفعل وهو الجماع
في الفرج حتى لو جامعها فيما دون الفرج او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة
او نظر الى فرجها بشهوة لا يكون ذلك فيا لان حقها في الجماع في الفرج
فصار ظالما بمنعه فلا يندفع الظلم الا به ولا يحصل الفيء وهو الرجوع
عما عزم عند القدرة الا به بخلاف الرجعة انها تثبت بالجماع فيما
دون الفرج وباللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة لان البينونة
هناك بعد انقضا العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه
فلو لم تثبت الرجعة لصار مرتكبا للحرام فجعل الاقدام عليه دلالة الرجوع
تحرزا عن الحرام وهذا المعنى لم يوجد هاهنا لان البينونة هنا بعد انقضا
العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه فلو لم تثبت الرجعة
لصار مرتكبا للحرام فجعل الاقدام عليه دلالة الرجوع تحرزا عن الحرام وهذا
المعني لم يوجد هاهنا لان البينونة هناك بعد انقضا المدة تثبت الطلاق
من وجه فلو لم تثبت مقصورا على الحال فلو لم يجعل ذلك منه فيا لم يصر
مرتكبا للحرام وافترقا والثاني بالقول والكلام فيه في موضعين احدهما
في صورة الفيء بالقول والثاني في بيان شرط صحته اما صورته فهي
ان يقول لها فيت اليك او راجعتك وما اشبه ذلك وذكر الحسن عن
ابي حنيفة في صفة الفيء ان يقول الزوج اشهد واني قد فيت
الى امراتي وابطلت ايلاها وليس هذا من ابي حنيفة بشرط الشهادة
احتياطا لباب الفرج لاحتمال ان يدعي الزوج الفيء اليها بعد مضي
المدة فتكذبه المراة فيحتاج الى اقامة البينة لا ان تكون الشهادة
شرطا لصحة الفيء وقد قال اصحابنا انه اذا اختلف الزوج والمراة في
الفيء مع بقا المدة فالزوج ادعى الفيء وانكرت المراة فالقول قول الزوج
لان المدة اذا كانت باقية فالزوج يملك الفيء فيها وقد ادعى الفيء في وقت
يملك انشاه فيه وكان الظاهر شاهدا له وكان القول قوله واما شرط صحته
فلصحة الفيء بالقول شرايط ثلاثة احدها العجز عن الجماع فلا يصح مع

مقصورا على الحال فلو لم يجعل ذلك منه فيا لم يصر مرتكبا للحرام فافترقا صح

على الفيء فانه يصح بدون الشهادة وانما ذكر الشهادة صح

عليه

وان اختلفا بعد مضي المدة فالقول قول المراة لان الزوج يدعي الفي في وقت لا يملك انشا الفي فيه وكان الظاهر شاهدا عليه للمراة وكان القول قولها صح

القدرة

القدرة على الجماع لان الاصل هو الفيء بالجماع لان الظلم يندفع به حقيقة وانما الفيء
بالقول خلف عنه ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الاصل كالتيمم مع الوضو
ونحو ذلك ثم الشرط هو العجز عن الجماع حقيقة او مطلق العجز اما
حقيقة واما حكما فجملة الكلام فيه ان العجز نوعان حقيقي وحكمي اما
الحقيقي فنحو ان يكون احد الزوجين مريضا مرضا يتعذر معه الجماع
او كانت المراة صغيرة لا يجامع مثلها او رتقا او يكون الزوج مجبوبا او يكون
بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الايلا او تكون ناشزة في مكان لا
يعرفه او يكون محبوسا لا يقدر ان يدخلها عليه وفيه في هذا كله بالقول
كذا ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي انه لو آلى من امراته وهو محبوس او هي محبوسة او كان بينه
وبين امراته اقل من اربعة اشهر الا ان العدو والسلطان يمنعه عن
ذلك فان فيه لا يكون الا بالفعل ويمكن ان يوفق بين القولين في الحبس
فيحمل ما ذكره القاضي على ان يقدر احدهما ان يصل الى صاحبه في الحبس
والوجه في المنع من العدو والسلطان ان ذلك نادر على شرف الزوال
وكان ملحقا بالعدم والله اعلم واما الحكمي فمثل ان يكون محرما وقت الايلا
وبينه وبين وقت الحج اربعة اشهر واذا عرف هذا فنقول لا خلاف
انه اذا كان عاجزا عن الجماع حقيقة انه ينتقل الفيء بالجماع الى الفيء بالقول
واختلف اصحابنا فيما اذا كان قادرا على الجماع حقيقة وعاجزا عنه حكما
انه هل يصح الفيء بالقول قال اصحابنا الثلاثة لا يصح ولا يكون فيه الا
بالجماع وجه قوله ان العجز حكما كالعجز حقيقة في اصول الشرع كما
في الخلوة فانه يستوي المانع الحقيقي والشرعي في المنع من صحة الخلوة
لذا هذا ولنا انه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالما بالمنع فلا يندفع
الظلم عنها الا بايفاء حقها بالجماع وحق العبد لا يسقط لاجل حق الله تعالى
في الجملة لغنا الله تعالى وحاجة العبد والثاني دوام العجز عن الجماع الى
ان تمضي المدة حتى لو قدر على الجماع في المدة بطل الفيء بالقول وانتقل
الفيء الى الجماع حتى لو تركها ولم يقربها في المدة حتى مضت تبين لما ذكرنا
ان الفيء باللسان بدل عن الفيء بالجماع ومن قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل بطل حكم البدل كالمتيمم اذا قدر على الما في الصلاة وكذا اذا آلى وهو
صحيح ثم مرض فان كان قدر مدة صحته ما يمكنه فيه الجماع ففيه بالجماع

صحيحة

وقال زفر يصح فيه بالقول كالحل بالجماع صح

لانه كان قادرا على الجماع في مدة الصحة فاذا لم يجامع مع القدرة عليه فقد
فرط في ايفا حقها فلا يعذر بالمرض الحادث وان كان لا يمكنه فيه الجماع لعصره
ففيئه بالقول لانه اذا لم يقدر على الجماع فيه لم يكن مفرطا في تركه فكان
معذورا ولو الى وهو مريض فلم يف اليها باللسان حتى مضت المدة فبانت
ثم صح ثم تزوجها وهو مريض ففا اليها بلسانه صح فيئه في قول ابي يوسف [ثم برئ م]
حتى لو مضت اربعة اشهر من وقت التزوج لا تبين وقال محمد لا يصح
وجه قوله انه اذا صح في المدة الثانية فقد قدر على الجماع حقيقة فسقط
اعتبار الفي في تلك المدة وان كان لا يقدر على جماعها الا بمعصية كما اذا كان [باللسان م]
محرما ففا بلسانه انه لم يصح فيئه باللسان لكونه قادرا على الجماع حقيقة
وان كان لا يقدر عليه الا بمعصية ولابي يوسف ان الصحة انما تمنع الفي باللسان [كذا هنا]
للقدرة على ايفا حقها في الجماع ولا حق لها حالة البينونة فلا تعتبر الصحة
مانعة منه والثالث قيام ملك النكاح وقت الفي بالقول وهو ان تكون
المراة في حال ما يفي اليها زوجته غير بائنة منه ففا بلسانه لم يكن ذلك فيا [فان كانت بائنة منه صح]
ويبقى الايلا لان الفي بالقول انما رفع الايلا في حق حكم الطلاق لحصول ايفا
حقها به ولا حق لها حالة البينونة فلا يعتبر الفي وصار وجودها والعدم
بمنزلة ويبقى الايلا فاذا تزوجها ومضت المدة تبين منه بخلاف الفي بالفعل
وهو الجماع انه يصح بعد زوال الملك وثبوت البينونة حتى لا يبقى
الايلا بل يبطل لانه حنث بالوطي فانحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث
ها هنا فلا ينحل اليمين فلا يرتفع الايلا ثم الفي بالقول عندنا انما يبطل في حق
حكم الطلاق حتى لا يقع الطلاق بمضي المدة لا في حق الحنث لان اليمين في
حق حكم الحنث باقية لانها لا تنحل الا بالحنث والحنث انما يحصل بفعل المحلوف
عليه والقول ليس ~~ليس~~ محلوفا عليه فلا ينحل به اليمين هذا الذي ذكرنا
مذهب اصحابنا وقال الشافعي لا في الا بالجماع واليه مال الطحاوي ووجهه
ان الفي بالحنث ولا حنث باللسان فلا يحصل الفي الا به ولنا اجماع [وهذا لان الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القربان صح فلا يحصل الفي الا به م]
الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله
عنهم انهم قالوا الفي عند العجز بالقول وكذا روي عن جماعة من التابعين
مثل مسروق والشعبي وابراهيم وسعيد بن جبير ولان الفي في اللغة عبارة
عن الرجوع يقال فا الظل اي رجع ومعنى الرجوع في الايلا هو انه بالايلا عزم على
منع حقها في الجماع واكد العزم باليمين فبالفي رجع عما عزم كما يكون بالفعل يكون [والعزم م]

بالفعل

بالفعل يكون بالقول وهذا لان وقوع الطلاق لصيرورته ظالما بمنع حقها والظلم
عند القدرة على الجماع بمنع حقها في الجماع فيكون ازالة هذا الظلم بذكر ايفا
حقها في الجماع ايضا ليكون ازالة الظلم بقدر الظلم فيثبت الحكم على وفق العلة [وعند العجز عن الجماع يكون باندامه اياها بذكر منع حقها في الجماع صح]
والله اعلم واما وقت الفي فالفي عندنا في المدة وعند الشافعي رحمه الله بعد
مضي المدة ونذكر المسألة في بيان حكم الايلا ان شا الله تعالى واما حرية المولي
فليست بشرط لصحة ايلايه بالله تعالى وبما لا يتعلق بالمال حتى لو قال
العبد لامراته والله لا اقربك كان موليا بخلاف ما لو قال ان قربتك فعلي صوم
او حج او عمرة او امراتي طالق يصح ايلاوه حتى لو لم يقربها في المدة تبين منه
ولو قربها ففي اليمين بالله تعالى تلزمه الكفارة بالصوم وفي غيرها يلزمه
الجزا المذكور لان العبد اهل لذلك وان كان الحلف بما يتعلق بالمال بان [من اهل]
قال ان قربتك فعلي عتق رقبة او على ان اتصدق بكذا لا يصح لانه ليس من اهل ملك
المال واما اسلام المولي فهل هو شرط لصحة الايلا فنقول لا خلاف في
ان الذمي اذا آلى من امراته بالطلاق او العتاق انه يصح ايلاوه لان الكافر
من اهل الطلاق والعتاق ولا خلاف ايضا في انه اذا آلى بشي من القرب
كالصوم والصدقة والحج والعمرة بان قال لامراته ان قربتك فعلي صوم او
صدقة او حجة او عمرة او غير ذلك من القرب لا يكون موليا لانه ليس من اهل
القربة فيمكنه قربان امراته من غير شي فلم يكن موليا وكذلك اذا قال لامراته [يلزمه م]
ان قربتك فانت علي كظهر امي او فلانة علي كظهر امي لم يكن موليا لان
الكفر يمنع صحة الظهار عندنا واذا لم يصح يمكنه قربانها من غير شي يلزمه
فلا يكون موليا واختلف فيما اذا آلى بالله تعالى فقال والله لا اقربك قال ابو [تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث صح]
حنيفة رحمه الله يكون موليا وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون موليا وجه
قولهما ان اليمين بالله تعالى لا تنعقد من الذمي كما في غير الايلا والجامع بينهما
ان اليمين بالله تعالى ينعقد موجبا للكفارة لعموم قوله تعالى للذين يولون [على تقدير الحنث صح]
من نسايهم من غير تخصيص المسلم والكافر ليس من اهل الكفارة ولابي حنيفة [عموم قوله تعالى للذين يولون من نسائهم من غير تخصيص المسلم صح]
ان الايلا يمين بالله تعالى يمنع القربان خوفا من هتك حرمة اسم الله تعالى
والذمي يعتقد حرمة اسم الله تعالى ولهذا يستحلف في الدعاوي كالمسلم
ويتعلق حل الذبيحة بتسميته كما يتعلق بتسمية المسلم فانه اذا ذكر اسم الله
تعالى اكلت وان ترك التسمية لم توكل فيصح ايلاوه كما يصح ايلا المسلم واذا صح [عليها م]
ايلاوه بالله تعالى يثبت الايلا في حقه كما يثبت في حق المسلم الا انه لا يظهر في حق [احكام م]

حكم الحنث وهو الكفارة لان الكفارة عبادة وهو ليس من اهل العبادة فيظهر في حكم
البر وهو الطلاق لانه من اهله ولو ان مسلما ظاهر من امراته ثم ارتد عن الاسلام
ولحق بدار الحرب ثم رجع مسلما وتزوجها فهو مول ومظاهر في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يسقط عنه الايلا والظهار وجه قول ابي يوسف ان
الكفر يمنع صحة الايلا والظهار ابتدا فيمنع بقاها على الصحة لان حكم الايلا
وجوب الكفارة على تقدير الحنث وحكم الظهار حرمة موقتة الى غاية الكفارة
والكافر ليس من اهل وجوب الكفارة وجه قول ابي حنيفة ان الكفر لما لم
يمنع صحة انعقاد الايلا لما بينا فلان لا يمنع بقاه اولى لان البقا اسهل ولان
الايلا قد انعقد لوجوده من المسلم والعارض هو الردة واثرها في زوال ملك
النكاح وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين فيبقى اليمين فاذا عاد يعود حكم
الايلا ولان كل عارض على اصل يلتحق بالعدم من الاصل اذا ارتفع ويجعل كالعدم
من الاصل اذا ارتفع ولان الايلا انعقد بيقين والعارض وهو الردة محتمل
الزوال والتصرف الشرعي اذا انعقد بيقين يبقى لاحتمال الفايدة في البقا
واحتمال الفايدة هاهنا ثابت لان رجا الاسلام قايم والظهار قد انعقد موجبا
وهو الحرمة الموقتة لصدوره من المسلم وبالردة زالت صفة الحكم وبقي الاصل
وهو الحرمة اذ الكافر من اهل ثبوت الحرمة وبقايها في حقه لان حكم الحرمة
وجوب الامتناع وهو قادر على الامتناع بخلاف القربة ولهذا خوطبوا بالحرمات
دون القرب والطاعات على ما عرف في اصول الفقه والله الموفق

فصل

واما حكم الايلا فنقول وبالله التوفيق انه يتعلق بالايلا حكمان احدهما حكم
الحنث والاخر حكم البر اما حكم الحنث فيختلف باختلاف المحلوف به فان كان
الحلف بالله تعالى فهو وجوب كفارة اليمين كساير الايمان وان كان الحلف بالشرط
والجزا فلزوم المحلوف به كساير الايمان بالشروط والاجزية او لزوم حكمه على
تقدير وجوده على ما بينا واما حكم البر فالكلام فيه في مواضع في بيان اصل
الحكم وفي بيان وصفه وفي بيان وقته وفي بيان قدره اما اصل الحكم فهو
وقوع الطلاق بعد مضي المدة لانه بالايلا عزم على منع نفسه من ايفا حقها في
الجماع في المدة واكد العزم باليمين فاذا مضت المدة ولم يف اليها مع القدرة
على الفي فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل فتاكد الظلم في حقها فتبين منه
عقوبة عليه جزا على ظلمه ومرحمة لها ونظرا لها بتخليصها من حباله لتتوصل
الى ايفا حقها من زوج اخر وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله حكم الايلا في حق

البر

البر هو الوقف وهو ان يوقف الزوج بعد مضي المدة فيتخير بين الفي اليها
بالجماع وبين تطليقها فان ابى اجبره القاضي على احدهما فان لم يفعل طلق
عليه القاضي فاشتملت معرفة هذا الحكم على معرفة مسئلتين مختلفتين
احدهما انه لا يوقف المولي بعد انقضا المدة عندنا بل يقع الطلاق
عقيب انقضايها بلا فصل وعنده يوقف ويخير بين الفي والتطليق
على ما بينا والثانية ان الفي يجب ان يكون في المدة عندنا وعنده بعد
مضي المدة والمسلتان مختلفتان بين الصحابة رضي الله عنهم احتج الشافعي
بقوله تعالى للذين يولون من نسايهم تربص اربعة اشهر فان فاوا فان
الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فخير المولي بين الفي وبين العزم على
الطلاق بعد اربعة اشهر فدل ان الايلا في حق البر وهو تخيير
الزوج بين الفي والطلاق بعد المدة لا وقوع الطلاق عند مضي المدة وان
وقت الفي بعد المدة لا في المدة لانه قال وان عزموا الطلاق فان الله سميع
عليم سميع للطلاق فلا بد وان يكون الطلاق مسموعا وذلك بوجود صوت
الطلاق اذ غير الصوت لا يحتمل السماع ولو وقع الطلاق بنفس مضي المدة
من غير قول الزوج او من القاضي لم يتحقق صوت الطلاق ولا يتعذر سماعه
ولان الايلا يمين يمنع من جماع اربعة اشهر لان اللفظ يدل عليه فقط
لا على الطلاق والقول بوقوع الطلاق بمضي المدة قول بالوقوع من
غير ايقاع وهذا لا يجوز ولنا ان الله تعالى جعل مدة التربص اربعة اشهر
والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها وهي مدة اختيار الفي
بالطلاق من يوم او ساعة فلا يجوز الزيادة الا بدليل ولهذا لما جعل
الشرع لساير المدد التي بين الزوجين مقدارا معلوما من العدة
ومدة العنين لم يحتمل الزيادة على ذلك القدر وكذا مدة الطلاق ولان
الفي نقض اليمين ونقضها حرام في الاصل قال الله تعالى ولا تنقضوا
الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا الا انه ثبت لاطلاق
في المدة بقراة عبد الله بن مسعود وابي رضي الله عنهما فان فاوا فيهن
فيبقى النقض حراما فيما وراها فلا يحل الفي فيما وراها فلزم القول
بالفي في المدة وبوقوع الطلاق بعد مضيها ولان الايلا كان طلاقا معجلا
في الجاهلية فجعله الشرع طلاقا موجلا والطلاق الموجل يقع بنفس
انقضا الاجل من غير ايقاع احد بعده كما اذا قال انت طالق راس الشهر

واما قوله ان الله تعالى جعل الفي بعد الاربعة الاشهر فنعم لكن هذا لا يوجب
ان يكون الفي بعد مضيها الا ترى الى قوله فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف
او فارقوهن بمعروف ذكر الامساك بمعروف بعد بلوغ الاجل وانه لا يوجب
الامساك بعد مضي الاجل وهو العدة بل يوجب الامساك وهو الرجعة في
العدة والبينونة بعد انقضايها كذا هاهنا واما قوله تعالى وان عزموا
الطلاق فان الله سميع عليم فقد قال قوم من اهل التاويل ان المراد من قوله
سميع في هذا الموضع اي سميع بايلايه مما ينطق به ويقال فيكون مسموعا
وقوله عليم ينصرف الى العزم اي عليم بعزمه الاملاك وهو ترك الفي
ودليل صحة هذا التاويل انه ذكر قوله سميع عليم عقيب امرين احدهما
يحتمل السماع وهو الايلا والاخر لا يحتمل وهو عزم الطلاق فينصرف كل
لفظ الى ما يليق به ليفيد فايدته وهو كقوله تعالى لتسكنوا فيه ولتبتغوا
من فضله عقيب ذكر الليل والنهار بقوله ومن رحمته جعل لكم الليل
والنهار انه صرف الى كل ما يليق به وهو السكون الى الليل وابتغا الفضل
الى النهار كذا هاهنا ولان الله تعالى ذكر انه سميع عليم وكل مسموع معلوم
وليس كل معلوم مسموعا لان السماع لا يكون الا للاصوات فلو كان الطلاق
في الايلا بالقول ليكون مسموعا والايلا مسموع ايضا لوقعت الكفاية بذكر
السميع فلا يتعلق بذكر العليم فايدة مبتداة ولو كان الامر على ما قلنا ان
الطلاق يقع عند مضي المدة من غير قول يسمع لا نصرف ذكر العليم اليه لان
ذلك ليس بمسموع حتى يغني ذكر السميع عن ذكر العليم فيتعلق بذكر
العليم فايدة جديدة فكان ما قلناه ايضا اولى مع انا لا نسلم ان سماع الطلاق
يقف على ذكر الطلاق بحروفه الا ترى ان كنايات الطلاق طلاق وهي مسموعة
وان لم يكن الطلاق مذكورا بحروفه وكذا طلاق الاخرس فلم يكن من ضرورة كون
الايلا طلاقا التلفظ بلفظ الطلاق فلا يقف سماع صوت الطلاق عليه
وقوله لفظ الايلا لا يدل على الطلاق ممنوع بل يدل عليه شرعا فان الشرع
جعل الايلا طلاقا معلقا بشرط تقصير الزوج بالاضرار على موجب هذه
اليمين معلقا طلاقا باينا بترك القربان اربعة اشهر كانه قال اذا مضت
اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق باين عرفنا ذلك باشارة النص
وهو قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم سمى ترك الفي
في المدة عزم الطلاق واخبر انه سميع للايلا السابق يصير طلاقا عند

مضي المدة من غير فيء وبما ذكرنا من المعنى المعقول واما صفته فقد قال
اصحابنا ان الواقع بعد مضي المدة من غير فيء طلاق باين وقال الشافعي
رحمه الله اذا خير بعد انقضا المدة فاختار الطلاق فهي واحدة رجعية
بنا على اصله ان الطلاق بعد مضي المدة يقع بايقاع مبتدا وهو صريح
الطلاق فيكون رجعيا ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي
عن عثمان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت انهم
قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة باينة ولان الطلاق عند مضي
المدة دفعا للظلم ولا يندفع الظلم عنها الا بالباين لتتخلص عنه فتتمكن
من استيفا حقها من زوج اخر ولا تتخلص الا بالباين ولان القول بوقوع
الطلاق الرجعي يودي الى العبث لان الزوج اذا ابى الفي والتطليق يقدم
الى الحاكم عنده ثم اذا طلق عليه الحاكم راجعها الزوج فيخرج فعل الحاكم
مخرج العبث وهذا لا يجوز واما قدره وهو قدر الواقع من الطلاق
في الايلا فالاصل ان الطلاق في الايلا يتبع المدة لا اليمين فيتحد باتحاد
المدة ويتعدد بتعددها في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر يتبع
اليمين فيتعدد بتعدد اليمين ويتحد باتحادها ولا خلاف في ان المعتبر
في حق حكم الحنث هو اليمين فينظر الى اليمين في الاتحاد والتعدد
لا الى المدة وجه قول زفر ان وقوع الطلاق ولزوم الكفارة حكم الايلا
والايلا يمين فيدور الحكم مع اليمين فيتحد باتحادها ويتعدد بتعدد
لان الحكم يتكرر بتكرر السبب ويتحد باتحاده ولنا ان الايلا انما اعتبر
طلاقا من الزوج لمنعه حقها في الجماع في المدة منعا موكدا باليمين اذ
به يصير ظالما والمنع يتحد باتحاد المدة فيتحد الظلم فيتحد الطلاق
ويتعدد بتعددها فيتعدد الظلم فيتعدد الطلاق واما الكفارة فانما
تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى والهتك يتعدد الاسم ويتحد باتحاده
وعلى هذا الاصل مسايل اذا قال لامراته مرة واحدة والله لا اقربك فلم
يقربها حتى مضت المدة بانت بتطليقة واحدة وان قربها لزمته كفارة
واحدة لاتحاد المدة واليمين جميعا ولو قال لها في مجلس واحد والله لا
اقربك فان عنى به التكرار فهو ايلا واحد في حق حكم الحنث والبر جميعا
حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربها بانت بتطليقة واحدة ولو
قربها في المدة لا يلزمه الا كفارة واحدة لان مثل هذا يذكر للتكرار في العرف

والعادة وان نوى به تكرار الاول فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه
وان لم يكن له نية فهو ايلا واحد في حق حكم البر وثلاث في حق حكم
الحنث بالاجماع حتى لو مضت مدة اربعة اشهر ولم يقربها بانت
بتطليقة واحدة في قول اصحابنا الثلاثة ولو قربها في المدة فعليه ثلاث
كفارات بالاجماع وعند زفر هو ثلاث ايلاات في حق حكم الحنث
والبر جميعا وينعقد كل ايلا من حين وجوده فاذا مضت اربعة اشهر
لم يف اليها بانت بتطليقة ثم اذا مضت ساعة بانت بتطليقة اخرى
ثم اذا مضت ساعة بانت بتطليقة اخرى وان قربها في المدة فعليه
ثلاث كفارات واصل هذه المسلة ان من قال لامراته اذا جا غد فوالله
لا اقربك قاله ثلاثا فجا غد يصير موليا في حق حكم البر ايلا واحدا
عندنا وعنده يصير موليا ثلاث ايلاات ولا خلاف في انه يصير
موليا ثلاث ايلاات في حق حكم الحنث وان اراد به التغليظ والتشديد
فكذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف انه ايلا واحد في حق حكم البر
استحسانا وعند زفر هو ثلاث في حق البر والحنث جميعا وهو القياس
اما زفر فقد مر على اصله ان الحكم لليمين لا للمدة لان اليمين هي السبب
الموجب للحكم وقد وجد فيتعدد السبب فيتعدد الحكم واما وجه
القياس لمحمد ان المدد قد اختلفت لان كل واحدة من هذه الايمان
وجدت في زمان فكانت مدة كل واحد منها غير مدة الاخرى
فصار كما لو آلى منها ثلاث مرات في ثلاث مجالس وجه الاستحسان
ان المدد وان تعددت حقيقة فهي متحدة حكما لتعذر ضبط الوقت
الذي بين اليمينين عند مضي اربعة اشهر فصارت مدة الايمان كلها
مدة واحدة حكما والثابت حكما ملحق بالثابت حقيقة ولو قال اذا جاء
غد فوالله لا اقربك واذا جا بعد غد فوالله لا اقربك يصير موليا
ايلاين احدهما في الحال والاخر في الغد في حق الحنث والبر جميعا لان
المدد قد تعددت حقيقة وحكما لاختلاف ابتدا كل مدة وانتهايها
وامكان ضبط الوقت الذي بين اليمينين ولو قال كلما دخلت هذه
الدار فوالله لا اقربك كلما دخلت هذه الدار يصير موليا ايلاين
في حق البر وايلا واحدا في حق الحنث فاذا دخل الدار دخلتين ينعقد الايلا
الاول عند الدخلة الاولى والثاني عند الدخلة الثانية حتى لو مضت

في قول اصحابنا الثلاثة صح

اخرى م

في حق حكم الحنث م

محمد م

تعددت م

حكما م

او قال والله ان دخلت هذه الدار والله لا اقربك او قال ...

بر وفي حق حكم الحنث والبر جميعا اذا جا غد يصير موليا واذا جا بعد غد
يصير موليا ايلا اخر وكذلك اذا آلى منها في مجلس ثم آلى منها في مجلس اخر
... قال لها والله لا اقربك فمكث يوما ثم قال والله لا اقربك يصير موليا ايلاين

اربعة

اربعة اشهر من وقت الدخلة الاولى بانت بتطليقة فاذا تمت اربعة
اشهر من وقت الدخلة الثانية بانت بتطليقة اخرى ولو قربها وقت
الدخلتين لا تلزمه الا كفارة واحدة لتعدد المدة واتحاد اليمين في حكم
الحنث لان اليمين بالله متى علقت بشرط متكرر لا يتكرر انعقادها
بتكرر الشرط وانما هو شرط وجزا وقوله والله لا اقربك يمين بالله تعالى
في حق الحنث ويمين بالطلاق في حق البر ودليل هذا الاصل وبيان
فروعه يعرف في الجامع الكبير وكذلك اذا قال كلما دخلت واحدة
من هاتين الدارين فوالله لا اقربك او قال كلما كلمت واحدا من هذين
الرجلين فوالله لا اقربك فدخل احديهما او كلم احدهما صار موليا واذا
دخل صار موليا ايلا اخر في حق حكم البر وهو ايلا واحد في حق حكم الحنث
والله اعلم فصل واما بيان ما يبطل به الايلا فما يبطل به الايلا
نوعان نوع يبطل به اصلا في حق الحكمين جميعا وهو البر والحنث ونوع
يبطل به في حق احد الحكمين وهو البر ويبقى في حق الحكم الاخر وهو
الحنث اما الذي يبطل به الايلا في حق الحكمين جميعا فشي واحد
وهو الفي بالجماع في الفرج في المدة لانه يحنث به واليمين لا تبقى بعد
الحنث لان حنث اليمين نقضها والشي لا يبقى مع وجود ما ينقضه
واما ما يبطل به في حق حكم البر دون الحنث فشيان احدهما الفي بالقول
عند استجماع شرايطه التي وصفناها فيبطل به الايلا في حق حكم البر
حتى لا تبين بمضي المدة لما ذكرنا ان ترك الفي في المدة شرط وقوع الطلاق
بعد مضيها اذ هو عزيمة الطلاق وانها شرط بالنص لكنه يبقى في
حق حكم الحنث حتى لو فا اليها بالقول في المدة ثم قدر على الجماع بعد
المدة فجامعها تلزمه الكفارة لان وجوب الكفارة معلق بالحنث
والحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو الجماع في الفرج فلا
يحصل الحنث بدونه والثاني الطلقات الثلاث حتى لو اوقع عليها
ثلاث طلقات بالايلا او طلقها ثلاثا عقيب الايلا فتزوجت ثم عادت
اليه فمضت اربعة اشهر لم يطاها فيها لا يقع عليها شي عند اصحابنا
الثلاثة وعند زفر لا يبطل الايلا ويقع عليها الطلاق بالايلا ابدا بنا
على ان استيفا طلاق الملك القايم لا يبطل اليمين عندنا وعنده لا يبطلها
وقد ذكرنا المسلة فيما تقدم ولو آلى منها ولم يف اليها حتى مضت اربعة
اشهر بانت منه بتطليقة وانقضت عدتها فتزوجت بزوج اخر ثم

بعدهم

واليمين اذا علقت بشرط متكرر بتكرر الشرط صح

مرة اخرى م

لما ذكرنا وكذا اذا دخل الدار دخلة دخلة او كلم الرجل كلمة كلمة صح

حكم م

ف

بنا

عادت الي الاول عاد حكم الايلا بالاجماع لكن عند ابي حنيفة وابي يوسف
بثلاث تطليقات وعند محمد بما بقي بنا على ان الزوج الثاني يهدم الطلقة
والطلقتين عندهما وعنده لا يهدم والمسئلة قد مرت ولا يبطل الايلا بالابانة حتى
لو ابانها ثم ابانها قبل مضي المدة ثم تزوجها فمضت المدة من غير فيء تبين
بتطليقة اخرى بالايلا السابق ولو ابانها ولم يتزوجها حتى مضت
المدة وهي في العدة يقع عليها تطليقة اخرى عندنا وعند زفر لا يقع
وقد مرت المسئلة وهل يبطل بمضي المدة من غير فيء فان كان الايلا مطلقا
او موبدا بان قال والله لا اقربك او قال والله لا اقربك ابدا ولم يذكر الوقت
فمضت اربعة اشهر من غير فيء حتى بانت بتطليقة لا يبطل الايلا حتى
لو تزوجها فمضت اربعة اشهر اخرى منذ تزوج يقع عليها تطليقة
اخرى لان اليمين عقدت مطلقة او موبدة والعارض ليس الا البينونة
واثرها في زوال الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين بالطلاق
لما عرف ان اليمين اذا انعقدت تبقى الى احتمال الفايدة واحتمال الفايدة
ثابت لاحتمال التزوج فيبقى اليمين الا انه لا بد من الملك لانعقاد المدة
الثانية فاذا تزوجها عاد الملك فعاد حقها في الجماع فاذا مضت المدة
الثانية من غير فيء اليها فقد منعها حقها وظلمها فيقع تطليقة
اخرى جزا على ظلمه وكذا اذا تزوجها بعد ما بانت بتطليقة ثانية
ومضت اربعة اشهر اخرى منذ تزوجها تبين بثالثة لما قلنا فان
تزوجت فان تزوجت بزوج اخر ثم تزوجها الاول فمضت اربعة اشهر
لم يقربها فيها لا يقع عليها شي عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر ولو الى
منها مطلقا او موبدا فمضت اربعة اشهر لم يف اليها حتى بانت
ثم لم يتزوجها حتى مضت اربعة اشهر اخرى وهي في العدة لا يقع عليها
تطليقة اخرى لا لان اليمين قد بطلت بل هي باقية لما بينا الا انها مبانة
فلا تستحق الوطي على الزوج فلا يصير الزوج بالامتناع من قربانها في
المدة ظالما ووقوع الطلاق كان لهذا المعنى ولم يوجد فلا يقع لكن
يبقى اليمين حتى لو تزوجها ومضت المدة من غير فيء يقع والاصل
ان المدة المنعقدة لا تبطل بالبينونة وان كانت لا تنعقد على المبانة على
طريق الاستيناف ولو قربها قبل ان يتزوجها فعليه الكفارة لان اليمين
باقية وقد وجد شرط الحنث فيحنث ولو كان الايلا موقتا الى وقت معلوم

اربعة

اربعة اشهر او اكثر فمضت المدة من غير فيء حتى وقع الطلاق لا يبقى الايلا
وينتهي حتى لو قربها لا كفارة عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر لا
يقع عليها شي لان الموقت الى وقت ينتهي عند وجود الوقت ولو حلف
على قربان امراته بعتق عبد له ثم باعه سقط الايلا لانه صار بحال لا
يلزمه شي بقربانها ثم اذا دخل في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان
عاد حكم الايلا حتى لو تركها اربعة اشهر لم يقربها فيها تبين لان الجزاء
لا يتقيد بالملك القايم للحال كمن قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه
ثم اشتراه فدخل الدار انه يعتق ولو دخل في ملكه بعد القربان لا يعود الايلا عه
لبطلانه بالقربان وكذا اذا مات العبد بطل الايلا لان الجزا صار بحال لا
يتصور وجوده فبطلت اليمين ولو قال ان قربتك فعبداي هذان حران
فمات احدهما او باع احدهما لا يبطل الايلا لانه يلزمه بالقربان عتق الباقي
ولو ماتا جميعا بطل الايلا وكذا لو باعهما جميعا معا او على التعاقب ولو
باعهما ثم دخل احدهما في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد الايلا فيه
ثم اذا دخل الآخر في ملكه عاد الايلا فيه صح
من وقت دخول الاول لان العايد عين الاول ولو قال لامراته انت طالق
قبل ان اقربك بشهر فقربها تمام الشهر من وقت اليمين بطلت اليمين
قبل م
وان لم يقربها حتى مضى شهر يصير موليا لان معنى هذا الكلام اذا
مضى شهر لم اقربك فيه فانت طالق ان قربتك ولو قال ذلك ومضى
شهر لم يقربها فيه لصار موليا لما ذكرنا ان قوله انت طالق ان قربتك
ايلا الا ترى انه لا يمكنه قربانها من غير شي يلزمه وهو الطلاق وهذا حد
المولي واذا صار موليا فان قربها بعد ذلك وقع الطلاق لانه علق
الطلاق بالقربان ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بتطليقة
لان هذا حكم الايلا وحق البر ولو قال انت طالق ثلاثا قبل ان اقربك
ولم يقل بشهر لا يصير موليا ووقع الطلاق من ساعته لانه اوقع
الطلاق من ساعته في وقت هو قبل القربان وكما فرغ من كلامه فقد
وجد هذا الوقت فيقع ولو قال قبيل ان اقربك يصير موليا لان قبل
الشي اسم لزمان متقدم عليه مطلقا وكما فرغ من هذه المقالة فقد وجد
زمان متقدم على القربان فيقع الطلاق فاما قبيل الشي فهو اسم لزمان
متقدم عليه متصل به فما لم يوجد القربان لا يعرف هذا الزمان
وكان هذا تعليق الطلاق بالقربان فكانه قال ان قربتك فانت طالق

فان فرق بها وقع الطلاق بعد القربان بلا فصل وان تركها حتى مضت
اربعة اشهر بانت بالايلا كما لو نص على التعليق بالقربان والله
الموفق فصل واما بيان حكم الطلاق فحكم الطلاق يختلف

الطلاق

باختلاف الطلاق من الرجعي والباين ويتعلق بكل واحد منهما احكام
بعضها اصلي وبعضها من التوابع اما الطلاق الرجعي فالحكم الاصلي له
هو نقصان العدد فاما زوال الملك وحل الوطي فليس بحكم اصلي له لازم
حتى لا يثبت للحال وانما يثبت في الثاني بعد انقضا العدة بان طلقها
ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها وهذا عندنا وعند
الشافعي رحمه الله زوال حل الوطي من احكامه الاصلية له حتى لا يحل له
وطيها قبل الرجعة واليه مال عبد الله البصري واما زوال الملك
فقد اختلف فيه اصحابه قال بعضهم الملك يزول في حق حل الوطي لا غير
وقال بعضهم لا يزول اصلا وانما يحرم وطيها مع قيام الملك من كل وجه
كالوطي في حالة الحيض والنفاس وجه قوله ان الطلاق واقع
للحال فلا بد وان يكون له اثر ناجز وهو زوال حل الوطي وزوال الملك
في حق الحل وقد ظهر الزوال في الاحكام حتى لا يحل المسافرة بها ولا الخلوة
ويزول قسمها والاقرا قبل الرجعة محسوبة من العدة ولهذا سمى الله تعالى
الرجعة ردا في كتابه بقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والرد
في اللغة عبارة عن اعادة الفايت فيدل على زوال الملك من وجه
ولنا قوله تعالى احق بردهن في ذلك وقوله وبعولتهن اي وازواجهن
وقوله هذا حكاية عن المطلقات سماه زوجا بعد الطلاق ولا يكون
زوجا الا بعد قيام الزوجية فدل ان الزوجية قايمة بعد الطلاق
والله تعالى احل للرجل وطي زوجته بقوله والذين هم لفروجهم حافظون
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين وقوله
نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شيتم وقوله هو الذي خلق لكم من انفسكم
ازواجا لتسكنوا اليها ونحو ذلك من النصوص والدليل على قيام الملك
من كل وجه طلاقه وظهاره وايلاوه ويجري اللعان بينهما ويتوارثان
وهذه احكام الملك المطلق وكذا يملك مراجعتها من غير رضاها
واما قوله واقع في الحال فمسلم ولكن التصرف الشرعي قد يظهر اثره للحال
وقد يتراخى عنه كالبيع بشرط الخيار وكالتصرف الحسي وهو الرمي

ونحو

ونحو ذلك فجاز ان يظهر اثر هذا الطلاق بعد انقضا العدة وهو
زوال الملك وحرمة الوطي على ان له اثرا ناجزا وهو نقصان الطلاق
ونقصان حل المحلية وغير ذلك على ما عرف في الخلافيات واما المسافرة
بها فقد قال زفر من اصحابنا انه يحل المسافرة بها قبل الرجعة واما على
قول اصحابنا الثلاثة فانما لا يحل له لا لزوال الملك بل لكونها معتدة وقد
قال الله تعالى في المعتدات ولا تخرجوهن من بيوتهن نهى الرجال عن الاخراج
والنسا عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة لتزول الحرمة ثم
يسافر بها واما الخلوة فان كان من قصده الرجعة لا يكره وان لم يكن من
قصده استيفا النكاح بالرجعة فمتى خلا بها فربما يقع بينهما المساس
عن شهوة فيصير مراجعا لها فيطلقها فيودي الى تطويل العدة عليها
فتتضرر بذلك وهو معنى قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا
واما القسم لانه لو ثبت لها القسم لخلا بها فيودي الى ما ذكرنا اذا
لم يكن من قصده المراجعة حتى لو كان قصده ان يراجعها كان لها
القسم وله الخلوة بها وانما احتسبت الاقرا من العدة لانعقاد الطلاق
سببا لزوال الملك والحل للحال على وجه يتم عند انقضا العدة وهو
الجواب عن قوله ان الله تعالى سمى الرجعة ردا انه يجوز اطلاق الرد عند
انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كما في البيع بشرط الخيار
للعاقدين انه يطلق اسم الرد عند اختيار الفسخ وان لم يزل الملك عن البايع
ولم يثبت للمشتري لانعقاد سبب الزوال بدون الزوال ويكون الرد
فسخا ومنعا له عن العمل في اثبات الزوال كذا ها هنا ويستحب لها ان
تتشوف وتتزين لان الزوجية قايمة من كل وجه فيستحب لها
ذلك لعل زوجها يراجعها وعلى هذا يبنى حق الرجعة انه ثابت للزوج
بالاجماع سوا كان الطلاق واحدا او اثنين اما عندنا فلقيام الملك
من كل وجه واما عنده فلقيامه فيما ورا حل الوطي ثم الكلام

الرجعة

في الرجعة في مواضع في بيان شرعية الرجعة وفي بيان ماهيتها وفي
بيان ركنها وفي بيان شرايط الرجعة اما الاول فالرجعة مشروعة
عرفت شرعيتها بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب
فقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن اي برجعتهن وقوله فاذا طلقتم
النسا فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف وقوله

الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان والامساك بالمعروف
هو الرجعة واما السنة فما روينا ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما
طلق امراته في حال الحيض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله
عنه مره ليراجعها الحديث وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
لما طلق حفصة رضي الله عنها جاه جبريل عليه السلام فقال له راجع
حفصة فانها صوامة قوامة فراجعها وكذا روي انه صلى الله عليه
وسلم طلق سودة ثم راجعها وعليه الاجماع واما المعقول فلان
الحاجة تمس الى الرجعة لان الانسان قد يطلق امراته ثم يندم على ذلك
على ما اشار اليه الرب سبحانه وتعالى بقوله لا تدري لعل الله يحدث بعد
ذلك امرا فيحتاج الى التدارك فلو لم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك لما
عسى ان لا توافقه المراة في تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في
الزنا والله اعلم فصل واما بيان ماهية الرجعة فالرجعة عندنا استدامة
الملك القايم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك وقال
الشافعي رحمه الله هي استدامة من وجه وانشا من وجه بنا على ان الملك
عنده قايم من وجه زايل من وجه وعندنا هو قايم من كل وجه وعلى
هذا ينبني ان الشهادة ليست بشرط جواز الرجعة عندنا وعنده شرط
ووجه البنا ان الشهادة شرط ابتدا العقد وانشايه لا شرط البقا
والرجعة استبقا العقد عندنا فلا تشترط الشهادة وعنده هي
استبقا من وجه وانشا من وجه فيشترط لها الشهادة من حيث
هي انشا لا من حيث هي استبقا فصح البنا ثم الكلام فيه على وجه الابتدا
احتج الشافعي بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وظاهر الامر
لوجوب العمل فيقتضي وجوب الاشهاد ولنا ان نصوص الرجعة من
الكتاب والسنة مطلقة عن شرط الاشهاد الا انه يستحب الاشهاد
عليها لانه لو لم يشهد لا يامن ان تنقضي العدة فلا تصدقه المراة
في الرجعة ويكون القول قولها بعد انقضا العدة فندب الى الاشهاد
لهذا وعلى هذا نحمل الامر في الاية وفي الاية ما يدل عليه لان الله تعالى قال
فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف جمع بين
الرجعة والفرقة والامر بالاشهاد بقوله واشهدوا ذوي عدل منكم ومعلوم
ان الاشهاد على الفرقة ليس بواجب بل هو مستحب كذا على الرجعة او نحمل هذا

لما لم يحج

توفيقا

توفيقا بين النصوص بقدر الامكان وكذا الامهر في الرجعة ولا يشترط فيها رضا
المراة لانها من شرايط ابتدا العقد لا من شرايط البقا وكذا اعلامها بالرجعة
ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت لان الرجعة حقه على الخلوص
لكونه تصرفا في ملكه بالاستبقا والاستدامة فلا يشترط فيه اعلام الغير
كالاجازة لكنه مندوب اليه ومستحب لانه اذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة
فمن الجايز انها تتزوج عند مضي ثلاث حيض ظنا منها ان عدتها قد
انقضت فكان ترك الاعلام تسبيبا الى عقد حرام عسى فاستحب له ان
يعلمها ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر
ثم جا زوجها الاول فهي امراته سوا كان دخل بها الثاني او لم يدخل ويفرق
بينها وبين الثاني لان الرجعة قد صحت بدون علمها فتزوجها الثاني
وهي امراة الاول فلم يصح وعلى هذا ينبني الرجعة بالفعل بان جامعها انها
جايزة عندنا وعند الشافعي لا تجوز لا تجوز الرجعة الا بالقول ووجه
البنا على هذا الاصل ان الرجعة عنده انشا النكاح من وجه وانشا النكاح
من كل وجه لا يجوز الا بالقول فكذا انشاوه من وجه وعندنا هي استدامة
النكاح من كل وجه فلا تختص بالقول ويبنى ايضا على حل الوطي وحرمته
ووجه البنا ان الوطي لما كان حلالا عندنا فاذا وطيها فلو لم يجعل الوطي
دلالة الرجعة فربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى تنقضي عدتها فيزول
الملك عند انقضا العدة بالطلاق السابق لانه لا فعل منه الا ذلك فيزول
الملك مستندا الى وقت الطلاق فيتبين ان الملك كان زايلا من وقت
الطلاق من وجه فيظهر ان الوطي كان حراما فجعل الاقدام على الوطي دلالة
الرجعة صيانة له عن الحرام وعنده لما كان الوطي حراما لا يقدم عليه
فلا ضرورة الى جعله دلالة الرجعة ثم ابتدا الدليل لنا قوله تعالى
وبعولتهن احق بردهن سمى الرجعة ردا والرد لا يختص بالقول كرد المغصوب
ورد الوديعة قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده وقوله
تعالى فامساك بمعروف وقوله فامسكوهن بمعروف سمى الرجعة امساكا
والامساك حقيقة يكون بالفعل وكذا لو انه جامعته وهو نايم او مجنون
لان ذلك حلال لها فلو لم تجعل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضا
العدة من غير رجعة من الزوج فجعل ذلك منها رجعة شرعا ضرورة
التحرز عن الحرام وكذلك ان لمسها بشهوة او نظر الى فرجها عن شهوة

في الخيار م

مه

عندنا م

ولان جماعها له كجماعه لها في باب التحريم فكذا في باب الرجعة م

فهو مراجع لما قلنا وان لمسها ونظر بغير شهوة لم يكن ذلك رجعة لان ذلك
حلال في الجملة الا ترى ان القابلة والطبيب ينظران الى الفرج ويمس عند
الحاجة اليه بغير شهوة ولا ضرورة الى جعله رجعة وكذا اذا نظر الى غير
الفرج بشهوة لان ذلك ايضا مباح في الجملة ويكره التقبيل واللمس
بغير شهوة اذا لم يرد الرجعة وكذا يكره ان يراها متجردة بغير شهوة
كذا قال ابو يوسف انه لا يامن ان يشتهي فيصير مراجعا من غير اشهاد
وذلك مكروه وكذا لا يامن من الاضرار لجواز ان يشتهي فيصير مراجعا
وهو لا يريد امساكها فيطلقها فتطول العدة عليها فتتضرر به والله
تعالى نهى عن ذلك بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وكذا قال ابو
يوسف ان الاحسن اذا دخل عليها ان يتنحنح ويسمعها خفق نعله
ليس من اجل انها حرام ولكن لا يامن ان يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة
من غير اشهاد هذا عبارة ابي يوسف رحمه الله ولو نظر الى دبرها موضع
خروج الغائط بشهوة لم يكن ذلك رجعة لذا ذكر في الزيادات وهو
قول محمد الاخير وكان يقول اولا انه يكون رجعة ثم رجع حكى ابراهيم
بن رستم رجوعه وهو قياس قول ابي حنيفة لان ذلك السبيل لا يجري
مجرى الفرج الا ترى ان الوطي فيه لا يوجب الحد عنده وكان النظر اليه
كالنظر الى ساير البدن ولان النظر الى الفرج بشهوة انما كان رجعة
لكون الوطي حلالا لا تقرير الحل صيانة عن الحرام والنظر الى هذا المحل
عن شهوة مما لا يحتمل الحل بحال كما ان الفعل فيه لا يحتمل الحل بحال فلا
يصلح دليلا على الرجعة ولو نظرت الى فرجه بشهوة قال ابو يوسف
قياس قول ابي حنيفة ان يكون رجعة وهذا قبيح ولا يكون رجعة
كذا قال ابو يوسف قياس قول ابي حنيفة لما ذكرنا فيما اذا جامعته
وهو نايم او مجنون ولان النظر حلال لها عندنا فيجعل رجعة
تقرير الحل وصيانة عن الحرمة ولان النظرين يستويان في التحريم
الا ترى ان نظرها الى فرجه كنظره الى فرجها في التحريم كذا في الرجعة
ولو لمسته بشهوة مختلسة او كان نايما واعترف الزوج انه كان
بشهوة فهو رجعة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
ليس برجعة فابو حنيفة سوى بينهما وبين الجارية المشتراة بشرط
الخيار اذا لمست المشتري بشهوة انه يبطل خياره ومحمد فرق بينهما

وقال

وقال ها هنا يكون رجعة وهناك لا يكون اجازة للبيع وعن ابي يوسف في الجارية
روايتان في رواية فرق فقال لم يكن اجازة للبيع وها هنا لا يكون رجعة وفي
رواية سوى بينهما فقال فعلها لا يكون رجعة ها هنا ولا فعل الامة
يكون اجازة ثمة فعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الفرق بين المسلتين ووجه
الفرق له على الرواية الاخرى ان بطلان الخيار لا يقف على فعل المشتري
بل قد يبطل بغير اختيار الزوج حتى قال ابو يوسف انه اذا لمسته فتركها
وهو يقدر على منعها ان ذلك رجعة لانه لما مكنها من اللمس فقد حصل
ذلك باختياره وصار كانه لمسها ولذلك قال ابو يوسف اذا ابتدات
اللمس وهو مطاوع لها انه يكون رجعة لما قلنا ووجه الفرق لمحمد ان
اسقاط الخيار ادخال الشي في ملك المشتري والامة لا تملك ذلك وليست
الرجعة ادخال المراة على ملك الزوج لانها على ملكه فلو جعلناه مراجعا
بفعلها لم تملكه ما لم تملك فصحت الرجعة ولابي حنيفة رحمه الله على نحو
ما بينا وهو ان اللمس حلال من الجانبين فيلزم تقرير الحل وصيانته
عن الحرمة وذلك بجعله رجعة على ما سبق بيانه كما قال في الجارية
ان اللمس منها لو لم يجعل اجازة للبيع وربما يفسخ البيع فيتبين ان اللمس
حصل في ملك الغير من وجه وما ذكره ابو يوسف ان الرجعة
لا تثبت بغير اختيار الزوج يشكل بما اذا جامعته وهو نايم انه تثبت
الرجعة من غير اختيار الزوج وما ذكره محمد ان اسقاط الخيار ادخال المبيع
في ملك المشتري ممنوع بل المبيع يدخل في ملك المشتري بالسبب السابق
عند سقوط الخيار على ان هذا فرق بين المسلتين فيما وراء المعنى المؤثر
والفرق بين المسلتين فيما وراء المعنى المؤثر لا يقدح في الجمع بينهما في
المعنى المؤثر قال محمد ولو صدقها الورثة بعد موته انها لمسته
بشهوة كان ذلك رجعة لان الورثة قاموا مقامه فكانه صدقها
قبل موته قال ولو شهد الشهود انها قبلته بشهوة لا تقبل شهادتهم
لان الشهوة معنى في القلب لا يقف عليه الشهود فلا تقبل شهادتهم
فيه ولو شهدوا على الجماع قبلت لان الجماع معنى يوقف عليه ويشاهد
ولا يحتاج فيه الى شرط الشهوة فتقبل فيه الشهادة والله اعلم فصل
واما ركن الرجعة فهو قول او فعل يدل على الرجعة اما القول فنحو ان
يقول لها راجعتك او رددتك او اعدتك ونحو ذلك لان الرجعة رد واعادة

الى الحالة الاولى ولو قال لها نكحتك او تزوجتك كان رجعة في ظاهر الرواية وروي
عن ابي حنيفة انه لا يكون رجعة وجه هذه الرواية ان النكاح بعد الطلاق
الرجعي قايم من كل وجه فكان قوله نكحتك اثبات الثابت وانه محال فلم يكن
مشروعا فكان ملحقا بالعدم شرعا فلم يكن رجعة بخلاف قوله راجعتك
لان ذلك ليس باثبات النكاح بل هو استبقا النكاح الثابت وانه محتمل
الاستبقا لانه انعقد سبب زواله فالرجعة فسخ السبب ومنع له عن
العمل فصح وجه ظاهر الرواية ان النكاح وان كان اثباتا حقيقة لكن المحل
لا يحتمل الاثبات فيجعل مجازا عن استبقا الثابت لما بينهما من المشابهة
تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان وقد قيل في تاويل قوله تعالى وبعولتهن (احد م)
احق بردهن في ذلك اي ازواجهن احق بنكاحهن في العدة من غيرهم
من الرجال والنكاح المضاف الى المطلقة طلاقا رجعيا هو الرجعة فيدل
على ثبوت الرجعة بلفظ النكاح واما الفعل الدال على الرجعة فهو ان
يجامعها او يمس شيا من اعضايها بشهوة او ينظر الى فرجها عن شهوة
او يوجد شي من ذلك منها على ما بينا ووجه دلالة هذه الافعال على الرجعة
على ما ذكرنا فيما تقدم وهذا عندنا فاما عند الشافعي فلا تثبت الرجعة
الا بالقول بنا على اصل ذكرناه والله الموفق فصل واما شرايط جواز
الرجعة فمنها قيام العدة فلا تصح الرجعة بعد انقضا العدة لان الرجعة
استدامة الملك والملك يزول بعد انقضا العدة فلا تتصور الاستدامة
اذ الاستدامة للقايم لصيانته عن الزوال لا للزايل كما في البيع بشرط الخيار
للبايع اذا مضت مدة الخيار لا يملك استدامة الملك في المبيع لزوال ملكه
بمضي المدة كذا هذا ولو طهرت من الحيضة الثالثة ثم راجعها فهذا على
وجهين ان كانت ايامها في الحيض عشرا لا تصح الرجعة وتحل للازواج بمجرد
انقطاع الدم لانا تيقنا بانقضا العدة لان انقضاها بانقضا الحيضة الثالثة
وقد انقضت بيقين لانقطاع دم الحيض بيقين اذ لا مزيد للحيض على
العشرة الا ترى انها اذا رات اكثر من عشرة لم يكن الزايد على العشرة
حيضا فتيقنا بانقضا العدة ولا رجعة بعد انقضا العدة وان كانت ايامها
دون العشرة فان كانت تجد ماء فلم تغتسل ولا تيممت وصلت به ولا
مضى عليها وقت كامل من اوقات الصلوات اليها لا تنقطع الرجعة ولا (ادني م)
تحل للازواج وهذا عندنا وقال الشافعي لا اعرف بعد الاقرا معنى معتبرا

في

في انقضا العدة وهذا خلاف الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضي الله عنهم
اما الكتاب فقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن اي يغتسلن واما
السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الزوج احق
برجعتها ما دامت في مغتسلها وروي ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة
واما اجماع الصحابة فما روي علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
انه قال كنت عند عمر بن خطاب رضي الله عنه فجاه رجل وامراة فقال الرجل
زوجتي طلقتها وراجعتها فقالت ما يمنعني ما صنع ان اقول ما كان انه طلقني
وتركني حتى حضت الحيضة الثالثة وانقطع الدم واغلقت بابي ووضعت
غسلي وخلعت ثيابي فطرق الباب فقال قد راجعتك فقال عمر رضي (قد راجعتك م)
رضي الله عنه قل فيها يا ابن ام عبد فقلت ارى ان الرجعة قد صحت ما لم
تحل لها الصلاة فقال عمر رضي الله عنه لو قلت غير هذا لم اره صوابا وروى
مكحول ان ابا بكر وعمر وعليا وابن مسعود وابا الدردا وعبادة بن الصامت
وعبد الله بن قيس الاشعري رضي الله عنهم كانوا يقولون في الرجل يطلق امراته
تطليقة او تطليقتين انه احق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ترثه
ويرثها ما دامت في العدة واتفقت الصحابة رضي الله عنهم على اعتبار
الغسل فكان قوله مخالفا للحديث واجماع الصحابة فلا يعتد به ولان
ايامها اذا كانت اقل من عشرة لم يستيقن بانقطاع دم الحيض لاحتمال
المعاودة في ايام الحيض اذ الدم لا يدر درورا واحدا ولكنه يدر مرة وينقطع
اخرى فكان احتمال العود قايما والعايد يكون دم الحيض الى العشرة فلم
يوجد انقطاع دم الحيض بيقين فلا يثبت الطهر بيقين فتبقى العدة
لانها كانت ثابتة بيقين والثابت بيقين لا يزول بالشك كمن استيقن
بالحدث وشك في الطهارة بخلاف ما اذا كانت ايامها عشرا لان هناك لا
يحتمل عود دم الحيض بعد العشرة لان العشرة اكثر الحيض فتيقنا بانقطاع (ع)
دم الحيض فيزول الحيض ضرورة ويثبت الطهر فها هنا بخلافه على ما
بينا والشافعي بنا قوله في هذا على اصله ان العدة تنقضي بالاطهار لا بالحيض
فاذا طعنت في اول الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة من غير الحاجة
الى شي اخر ونستدل على بطلان هذا الاصل في موضعه فيبطل الفرع
ضرورة فاذا اغتسلت انقطعت الرجعة لانه ثبت لها حكم من احكام
الطاهرات وهو اباحة ادا الصلاة اذ لا يباح اداوها للحايض فتقرر الانقطاع

بقرينة الاغتسال فتنقطع الرجعة وكذا اذا لم تغتسل ولكن مضي عليها وقت
صلاة تنقطع الرجعة لانه لما مضي وقت صلاة صارت الصلاة دينا في ذمتها
وهذا من احكام الطاهرات اذ لا تجب الصلاة علي الحايض فلا تصير دينا
عليها فاستحكم الانقطاع بهذه القرينة فانقطعت الرجعة وكذلك اذا لم
تجد الما بان كانت مسافرة فتيممت وصلت لان صحة الصلاة حكم من
احكام الطاهرات اذ لا صحة لها مع قيام الحيض فقد انضاف الي الانقطاع
فاستحكم الانقطاع فتنقطع الرجعة فاما اذا تيممت ولم تصل فهل تنقطع
به الرجعة اختلف اصحابنا قال ابو حنيفة وابو يوسف لا تنقطع الرجعة
وقال محمد تنقطع وجه قوله انها لما تيممت فقد ثبت لها حكم من احكام
الطاهرات وهو اباحة الصلاة فلا يبقي الحيض ضرورة كما لو اغتسلت
او تيممت وصلت به وجه قولهما علي نحو ما ذكرنا ان ايامها اذا كانت
دون العشرة لم يستيقن بانقضا عدتها بنفس انقطاع الدم من غير
قرينة تنضم اليه لاحتمال ان يعاودها الدم في العشرة فيتبين انها حايض
والحيض كان ثابتا بيقين فلا يحكم بزواله الا عند وجود الطهر بيقين
ولم يوجد وبقرينة التيمم لا تصير في حكم الطاهرات بيقين لانه ليس
بطهور حقيقة وانما جعل طهورا شرعا عند عدم الما لقوله تعالي فلم
تجدوا ما فتيمموا صعيدا طيبا والدليل عليه انها لو رات الما قبل الشروع
في الصلاة او بعد ما شرعت فيها قبل الفراغ منها بطل تيممها وكان
التيمم طهارة مطلقة شرعا لكن حال عدم الما واحتمال وجود الما في كل
ساعة قايم وكان احتمال عدم الطهور ثابتا فلم توجد الطهارة بيقين
فتبقي نجاسة الحيض الا انه ابيح لها ادا الصلاة به لعدم الما في الحال
من حيث الظاهر مع عدم احتمال الوجود فاذا لم تجد وصلت وفرغت
من الصلاة فقد استحكم العدم فاستحكمت الطهارة الحاصلة بالتيمم فلا
يبقي الحيض فاما قبل ذلك فاحتمال عدم الطهارة ثابت لاحتمال عدم وجود
الما فلا يكون طهارة شرعا بيقين بل مع الاحتمال فيبقي حكم الحيض الثابت
بيقين بخلاف الاغتسال لانه طهارة بيقين لكون الما طهورا مطلقا فاذا
ثبتت الطهارة بيقين انتفي الحيض ضرورة لانه ضدها بخلاف التيمم علي ما
بينا وبخلاف ما اذا مضي عليها وقت صلاة كامل من اوقات الصلوات
لان الصلاة صارت دينا في ذمتها بنفس الاغتسال بيقين فقد ثبت في

وكذا اذا لم تغتسل ولكن مضي عليها وقت صلاة تنقطع الرجعة صح

حكم من احكام الطاهرات صح

حقها حكم من احكام الطاهرات بيقين فلا يبقي الحيض بيقين فتنقضي
العدة بيقين ولو اغتسلت بسور الحمار انقطعت الرجعة بنفس الاغتسا ل
بالاجماع ولكنها لا تحل للازواج لان سور الحمار مشكوك فيه اما طهوريته في
او طهارته علي اختلافهم في ذلك فان كان طاهرا وطهورا انقطع الرجعة
وتحل للازواج لانقضا العدة لتقرر الانقطاع بالاغتسال وان لم يكن او كان
طاهرا غير طهور لا تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج فاذا وقع الشك لزم
الاحتياط في ذلك كله وذلك فيما قلنا وهو ان تنقطع الرجعة ولا تحل للازوا ج
اخذا بالثقة في الحكمين واحترازا عن الحرمة في البابين ولا تصلي بذلك الغسل
ما لم تتيمم ولو اغتسلت المعتدة وبقي من بدنها شي لم يصبه الما فالباقي
لا يخلو اما ان كان عضوا كاملا واما ان كان اقل من عضو فان كان عضوا
فله الرجعة وان كان اقل من عضو فلا رجعة له ثم اختلف ابو يوسف ومحمد
فقال ابو يوسف في قوله لا رجعة له في الاصل هذا استحسان والقياس ان
يكون له فيه الرجعة ومحمد رحمه الله قاس المتروك اذا كان عضوا علي ترك
المضمضة والاستنشاق وقال هناك تنقطع الرجعة فالقياس عليه ان
ان تنقطع ها هنا ايضا الا انهم استحسنوا وقالوا لا تنقطع لان العضو
الكامل مجمع علي وجوب غسله وهو مما لا يتغافل عنه عادة فلا تنقطع
الرجعة كما لو كان المتروك زايدا علي عضو بخلاف المضمضة والاستنشا ق
ولان ذلك غير مجمع علي وجوب غسله بل وجوبه مجتهد فيه وابو
يوسف رحمه الله يقول المتروك وان قل فحكم الحدث باق الا تري انه لا
تباح الصلاة معه وان قل فمع بقا الحدث لا تثبت الطهارة وهذا يوجب
التسوية بين القليل والكثير الا انهم استحسنوا في القليل وهو ما دون
العضو فقالوا انه تنقطع الرجعة فيه لان هذا القدر مما يتغافل عنه عادة
ويحتمل ايضا انه اصابه الما ثم جف فيحكم بانقطاع الرجعة ويبقي الامر
في العضو التام علي اصل القياس واختلفت الروايات عن ابي يوسف
في المضمضة والاستنشاق روي عنه انه تنقطع الرجعة وروي عنه انه
لا تنقطع الرجعة وقال محمد تبين من زوجها ولكنها لا تحل للازواج
وجه قوله وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف في انقطاع الرجعة ان
وجوب المضمضة والاستنشاق مختلف فيه وموضع الاجتهاد موضع تعارض ص
الادلة فلا يخلو عن الشك والشبهة والرجعة يسلك بها مسلك الاحتياط

فلا يجوز ابقاوها بالشك فتنقطع ولا يجوز اثبات حل الزوج بالشك ايضا لذلك
لم يجزه محمد رحمه الله وجه الرواية الاخرى لابي يوسف ان الحدث قد بقي
في عضو كامل فتبقى الرجعة هذا اذا كانت مسلمة اما لو كانت كتابية
فقد قالوا ان الرجعة تنقطع عنها بنفس انقطاع الدم لانها غير مخاطبة
بالغسل فلا يلزمها فرض الغسل والله الموفق ومنها عدم التعليق
بشرط والاضافة الي وقت في المستقبل حتي لو قال الزوج بعد الطلاق اذا
دخلت الدار فقد راجعتك او راجعتك ان دخلت الدار او ان كلمت فلانا او اذا
جا غد فقد راجعتك او قال راجعتك غدا او راس الشهر لم يصح في قولهم جميعا
لان الرجعة استبقا ملك النكاح فلا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الي وقت
في المستقبل كما لا يحتملها انشا الملك ولان الرجعة تتضمن انفساخ الطلاق
في انعقاده سببا لزوال الملك ومنعه عن عمله في ذلك فاذا علقها بشرط
او اضافها الي وقت في المستقبل فقد استبقى الطلاق الي غاية تكون تابيدا
له وهو لا يحتمل التوقيت كما اذا قال لامراته يوما او شهرا او سنة انه لا يصح
التوقيت ويتابد الطلاق فلا تصح الرجعة هذا اذا انشا الرجعة فاما اذا
اخبر بالرجعة في الزمان الماضي بان قال كنت راجعتك امس فان صدقته المراة
فقد ثبتت الرجعة سوا قال ذلك في العدة او بعد انقضا العدة وصار
كالوكيل بعدما كانت المراة في العدة امس وان كذبته فان قال ذلك في
العدة فقوله لانه اخبر عما يملك انشاءه في الحال لان الزوج يملك الرجعة في الحال
ومن اخبر عن امر يملك انشاه كالوكيل قبل العزل اذا قال بعته امس وان
قال بعد انقضا العدة فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاه في الحال لانه
لا يملك الرجعة بعد انقضا العدة فصار كالوكيل بعد العزل اذا قال كنت
بعته وكذبه الموكل ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد تستحلف وهذه المسايل المعروفة التي لا يجري فيها الاستحلاف
عند ابي حنيفة نذكرها في كتاب الدعوى ان شا الله تعالى فان اقام الزوج
بينة قبلت بينته وثبتت الرجعة لان الشهادة قامت على الرجعة في العدة
فتسمع ولو كانت المطلقة امة الغير فقال الزوج بعد انقضا العدة قد كنت
راجعتك فكذبته الامة وصدقه المولى فالقول قولها ولا تثبت الرجعة عند
ابي حنيفة وعندهما القول قول الزوج والمولى وتثبت الرجعة لانها ملك
المولى ولابي حنيفة ان انقضا عدتها اخبار منها عن حال حيضها وذلك اليها لا الي

المولي

المولي كالحرة فان قال الزوج قد راجعتك فقالت المراة مجيبة له قد انقضت
عدتي فالقول قولها عند ابي حنيفة مع يمينها وقال ابو يوسف ومحمد
القول قول الزوج واجمعوا على انها ان سكتت ساعة ثم قالت انقضت
عدتي فالقول قول الزوج ولا خلاف ايضا في انها اذا بدات فقالت انقضت
عدتي فقال الزوج مجيبا لها موصولا بكلامها راجعتك يكون القول قولها
وجه قولهما ان قول الزوج راجعتك وقع رجعة صحيحة لقيام العدة من
حيث الظاهر فكان قول المراة انقضت عدتي اخبارا عن انقضا العدة ولا عدة
لبطلانها بالرجعة فلا يسمع كما لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتي ولان
قولها انقضت عدتي ان كان اخبارا عن انقضا العدة في زمان متقدم على قول
الزوج لا تقبل بالاجماع كما لو اسندت الخبر عن الانقضا اليه نصا بان قالت
عدتي قد انقضت قبل رجعتك لكونها متهمة في التاخير بالاخبار وان كان
ذلك اخبارا عن انقضا العدة في زمان مقارن لقول الزوج فهذا نادر فلا
يقبل قولها ولابي حنيفة رحمه الله ان المراة امينة في الاخبار عن انقضا العدة
فان الشرع ايتمنها في هذا الباب قال الله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما
خلق الله في ارحامهن ان كن يومن بالله واليوم الاخر قيل في التفسير انه الحيض
والحبل نهاهن عن الكتمان والنهي عن الكتمان امر بالاظهار اذ النهي عن الشي امر
بضده والامر بالاظهار امر بالقبول ليظهر فايدة الاظهار فيلزم قبول قولها
وخبرها بانقضا العدة ومن ضرورة قبول خبرها بانقضا العدة ثم ان كانت
عدتها قبل قول الزوج راجعتك فقوله راجعتك يقع بعد انقضا عدتها فلا يصح
وان كانت قد انقضت حال قوله راجعتك فيقع قوله راجعتك حال
انقضا العدة وكما لا تصح الرجعة بعد انقضا العدة لا تصح حال انقضا العدة
لان العدة حال انقضايها منقضية فكان ذلك رجعة لمنقضية العدة
فلا تصح فان قيل يحتمل انها انقضت حال اخبارها عن الانقضا واخبارها
متاخر عن قوله راجعتك فكان انقضا العدة متاخرا عنها عنه ضرورة
فتصح الرجعة والاصل ان ما لم يكن ثابتا اذا وقع الشك في ثبوته لا يثبت
مع الشك والاحتمال خصوصا فيما يحتاط فيه لا سيما اذا كانت جهة الفساد
اكد وها هنا جهة الفساد اكد لانها تصح من وجه وتفسد من وجهين
فاولى ان لا تصح والله الموفق ثم عند ابي حنيفة تستحلف واذا نكلت
يقضي بالرجعة وهذا يشكل على اصله لان الاستحلاف للنكول والنكول

بذله عندك والرجعة لا تحتمل البدل لان الاستحلاف قد يكون للنكول ليقضي
به وقد يكون لا للنكول بل لنفي التهمة بالحلف الا ترى انه يستحلف
عنده فيما لا يقضي بالنكول اصلا كما في دعوى القصاص في النفس نفيا للتهمة
والمراة وان كانت امينة لكن الامين قد يستحلف لنفي التهمة بالحلف فاذا
نكلت فقد تحققت التهمة فلم يبق قولها حجة فبقيت الرجعة على
حالها حكما لاستصحاب الحال لانها باخبارها بانقضاء عدتها حلت للازواج
فاذا نكلت فقد بذلت الامتناع من الازواج والكون في منزل الزوج وهذا
المعنى يحتمل البذل ومنها عدم شرط الخيار حتى لو شرط الخيار في الرجعة
لم تصح لانها استبقاء النكاح فلا يحتمل شرط الخيار كما لا يحتمله الانشاء ومنها
ان يكون احد نوعي ركن الرجعة وهو القول منه لا منها حتى لو قالت الزوجة
راجعتك لم تصح لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن اي احق برجعتهن منهن
ولو كانت لها ولاية الرجعة لم يكن الزوج احق بالرجعة منها وظاهر النص
يقتضي ان لا يكون لها ولاية الرجعة اصلا الا ان جواز الرجعة بالفعل منها
عرفناه بدليل اخر وهو ما بيناه واما رضى المراة فليس بشرط لجواز الرجعة
وكذا المهر لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن مطلقا عن شرط الرضا والمهر ولو
... بدون رضاها والمهر فيؤدي الى الخلف في خبر الله تعالى وهذا لا يجوز لان
الرجعة شرعت لامكان التدارك عند الندم فلو شرط رضاها لا يمكنه التدارك
لانها عسى لا ترضى وعسى لا يجد الزوج المهر وكذا لكون الزوج طايعا وجادا
وعامدا ليس بشرط لجواز الرجعة مع الاكراه والهزل واللعب والخطا
لان الرجعة استبقاء النكاح وانه دون الانشاء ولم تشترط هذه الاشياء
للانشاء فلان لا تشترط للاستبقاء اولى وقد روي في بعض الروايات
ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة فصل
واما حكم الطلاق البائن فالطلاق البائن نوعان احدهما الطلقات
الثلاث والثاني الطلقة الواحدة البائنة والثنتان البائنتان ويختلف
حكم كل واحد من النوعين وجملة الكلام فيه ان الزوجين لا يخلوا اما
ان كانا حرين واما ان كانا مملوكين واما ان كان احدهما حرا والاخر مملوكا
فان كانا حرين فالحكم الاصلي لما دون الثلاث من الواحدة البائنة
والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق وزوال الملك ايضا حتى
لا يحل له وطيها الا بنكاح جديد ولا يصح ظهاره وايلاوه ولا يجري اللعان

بينهما

بينهما ولا يجري التوارث ولا تحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها
من غير ان تتزوج بزوج اخر لان ما دون الثلاث وان كان باينا فانما يوجب
زوال الملك لا زوال الحل المحلية واما الطلقات الثلاث فحكمها الاصلي
هو زوال الملك وزوال الحل المحلية ايضا حتى لا يحل له نكاحها قبل
التزوج بزوج اخر لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره وسوا طلقها ثلاثا جملة واحدة او متفرقة لان
اهل التاويل اختلفوا في موضع الطلقة الثالثة من كتاب الله تعالى قال
بعضهم هو قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره بعد قوله الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان
وقالوا الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو ان يتركها
حتى تنقضي عدتها وقال بعضهم هو قوله تعالى او تسريح باحسان
والتسريح هو الطلقة الثالثة وعلى ذلك جاء الخبر وكل ذلك جايز يحتمل
غير انه ان كان التسريح هو تركها حتى تنقضي عدتها كان تقدير قوله
فان طلقها اي طلقها تطليقة ثالثة وان كان المراد من التسريح
التطليقة الثالثة كان تقدير قوله فان طلقها طلاقا ثلاثا فلا تحل له
من بعد حتى تنكح زوجا غيره وانما تنتهي الحرمة وتحل للزوج الاول منها
النكاح وهو ان تنكح زوجا غيره لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره نفي
الحل ومد النفي الى غاية التزوج بزوج اخر والحكم الممدود الى
غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية فلا تنتهي الحرمة قبل التزوج فلا تحل
للزوج الاول قبله ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا وطيها انسان بالزنا
او بشبهة انها لا تحل لزوجها الاول لعدم النكاح وكذا اذا وطيها المولى
بملك اليمين بان حرمت الامة المنكوحة على زوجها حرمة غليظة
وانقضت عدتها فوطيها المولى لا تحل لزوجها لان الله تعالى نفى الحل
الى غاية النكاح فلا ينتهي النفي قبل وجود النكاح ولم يوجد وكذا
روي عن علي رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة ليس بزوج يعني المولى
وقد روي عن عثمان انه سيل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي
الله عنهم فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا
كارها لما قالا وقد روي انه قال ليس بزوج وكذا ان اشتراها الزوج قبل
ان تنكح زوجا غيره لم تحل له بملك اليمين وكذا اذا اعتقت لما قلنا

وفصل ومنها ان يكون النكاح الثاني صحيحا حتى لو تزوجت رجلا
نكاحا فاسدا ودخل بها لا تحل للاول لان النكاح الفاسد ليس بنكاح
حقيقة ومطلق النكاح ينصرف الى ما هو نكاح حقيقة ولو كان مختلفا
في فساده لا تحل للاول عند من يقول بفساده لما قلنا فان تزوجت
بزوج اخر ومن نيتهما التحليل فان لم يشترط ذلك بالقول وانما
نويا ودخل بها على هذه النية تحل للاول في قولهم جميعا لان مجرد
النية في المعاملات غير معتبر فوقع النكاح صحيحا لاستجماع شرايط
الصحة فتحل كما لو نويا التوقيت وساير المعاني المفسدة وان شرطا
الاحلال بالقول وانه تزوجها لذلك وكان الشرط منهما فهو نكاح
صحيح عند ابي حنيفة وزفر وتحل للاول وتكره للثاني والاول وقال
ابو يوسف النكاح الثاني فاسد فان وطيها لم تحل للاول وقال
محمد النكاح الثاني صحيح ولا تحل للاول وجه قول ابي يوسف ان
النكاح بشرط الاحلال في معنى النكاح الموقت وشرط التوقيت في
النكاح يفسده والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل ولمحمد ان النكاح
عقد موبد وكان بشرط الاحلال استعجل ما اجله الله تعالى لغرض الحل
فبطل الشرط وبقي النكاح صحيحا لكن لا يحصل به الغرض كمن قتل
مورثه انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان عمومات
النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بينما اذا شرط فيه الاحلال او لا
فكان النكاح بهذا الشرط نكاحا صحيحا فيدخل تحت قوله تعالى حتى تنكح
زوجا غيره فتنتهي الحرمة عند وجوده الا انه كره النكاح بهذا الشرط
لغيره وهو انه شرط ينافي المقصود من النكاح وهو السكن والتوالد
والتعفف وذلك يقف على البقا والدوام واثنا الحاق اللعن بالزوج الاول
وهو المحلل له فيحتمل ان يكون لوجهين احدهما انه سبب لمباشرة
الزوج الثاني هذا النكاح على قصد الفراق والطلاق وتحقيق ما وضع
له والمسبب شريك المباشر في الاثم والثواب في التسبب للطاعة
والمعصية والثاني انه باشر ما يفضي الى الذي تنفر منه الطباع السليمه
وتكرهه من عودها اليه بعد مضاجعة غيره اياها واستمتاعه بها وهو
الطلقات الثلاث اذ لولاها لما وقع فيه فكان الحاق اللعن لاجل الطلقات
الثلاث والله اعلم واما قول ابي يوسف ان التوقيت في النكاح مفسد للنكاح

فنقول

[margin: النكاح الثاني م ودخل بها صح]

[margin: والدوام على النكاح وهذا والله اعلم معنى الحاق اللعن بالمحلل في قوله صلعم لعن الله المحلل والمحلل له م دون الابقاء صح]

فنقول المفسد له هو التوقيت نصا الا ترى ان كل نكاح موقت فانه يتوقت
بالطلاق وبالموت وغير ذلك ولم يوجد التوقيت نصا فلا يفسد
وقول محمد انه استعجال ما اجله الله ممنوع فان استعجال ما اجله الله
تعالى لا يتصور لان الله تعالى اذا ضرب لامر اجلا لا يتقدم ولا يتاخر فاذا
طلقها الزوج الثاني تبين ان الله تعالى اجل هذا النكاح اليه ولهذا قلنا ان
المقتول ميت باجله خلافا للمعتزلة والله الموفق ومنها الدخول من
الزوج الثاني فلا تحل لزوجها الاول بالنكاح الثاني حتى يدخل بها وهذا
قول عامة العلما وقال سعيد بن المسيب تحل بنفس العقد واحتج بقوله
تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والنكاح هو العقد
وان كان يستعمل في العقد والوطي جميعا عند الاطلاق لكنه ينصرف الى
العقد عند وجود القرينة وقد وجدت لانه اضاف النكاح الى المراة
بقوله حتى تنكح زوجا غيره والعقد يوجد منها كما يوجد من الرجل فاما
الجماع فانه يقوم بالرجل وحده والمراة محله فانصرف الى العقد بهذه
القرينة فاذا وجد العقد تنتهي الحرمة بظاهر النص ولنا قوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد من النكاح الجما
وانما العقد سبب داعي اليه فكان حقيقة للجماع مجازا للعقد مع انا لو
حملناه على العقد لكان تكرارا لان معنى العقد يفيده ذكر الزوج فكان
الحمل على الجماع ادنى نفي قوله انه اضاف النكاح اليها والجماع مما يصح اضا
الى الزوجين لوجود معنى الاجتماع منهما حقيقة فاما الوطي ففعل الرجل
حقيقة لكن اضافة النكاح اليهما من حيث هو ضم وجمع لا من حيث هو وطي
ثم ان كان المراد من النكاح في الاية هو العقد فالجماع مضمر فيه عرفنا
ذلك بالحديث المشهور وضرب من المعقول اما الحديث فما روينا عن
عايشة رضي الله عنها ان رفاعة القرظي طلق امراته ثلاثا فتزوجها عبد الرحمن
بن الزبير فاتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان رفاعة طلقني وبت
طلاقي فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير ولم يكن عنده الا مثل هدبة
الثوب فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اتريدين ان ترجعي الى رفاعة
لا حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك وعن ابن عمر وانس رضي
الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحديث ولم يذكر قصة امراة رفاعة
وهو ما روي عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سيل وهو على المنبر عن رجل

[margin: فته]

[margin: لعل ان النكاح في اللغة الضم حقيقة في الوطي]

طلق امراته ثلاثا فتزوجها غيره فاغلق الباب وارخى الستر وكشف الخمار ثم
فارقها فقال صلى الله عليه وسلم لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر
واما المعقول فهو ان الحرمة الغليظة انما تثبت عقوبة للزوج الاول
بما اقدم على الطلاق الثلاث الذي هو مكروه شرعا زجرا ومنعا له عن
ذلك لكي اذا تفكر حرمتها عليه الا بزوج اخر الذي تنفر عنه الطباع
السليمة وتكرهه انزجر عن ذلك ومعلوم ان العقد بنفسه لا ينفر
عنه الطباع ولا تكرهه اذ لا يشتد على المرء مجرد النكاح ما لم يتصل به
الجماع وكان الدخول شرطا فيه ليكون زجرا له ومنعا عن ارتكابه
وكان الجماع مضمرا في الاية كانه قال حتى تنكح زوجا غيره ويجامعها والله
اعلم واما الانزال فليس من شرط الاحلال لان الله تعالى جعل الجماع غاية
الحرمة والجماع في الفرج هو التقاء الختانين فاذا وجد فقد انتهت
الحرمة وسواء كان الزوج الثاني بالغا او صبيا يجامع فجامعها او مجنونا
فجامعها لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين زوج وزوج
ولان وطي الصبي والمجنون يتعلق به احكام النكاح من المهر والتحريم
كوطي البالغ العاقل وكذلك الصغيرة التي يجامع مثلها اذا طلقها زوجها
ثلاثا ودخل بها الزوج الثاني حلت للاول لاطلاق قوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولان وطيها يتعلق به احكام
الوطي من المهر والتحريم فصار كوطي البالغة وسواء كان الزوج الثاني
حرا او عبدا قنا او مدبرا او مكاتبا بعد ان تزوج باذن مولاه ودخل بها
لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره مطلقا من غير فصل ولان احكام النكاح
تتعلق بوطي هؤلاء كما تتعلق بوطي الحر وكذا اذا كان مسلولا ينتشر له
ويجامع لوجود الجماع في النكاح الصحيح وانما الفايت هو الانزال وذا
ليس بشرط كالفحل اذا جامع ولم ينزل واما المجبوب فانه لا يحلها
للاول لانه لا يتحقق منه الجماع وانما يوجد منه السحق والملاصقة
والتحليل يتعلق بالجماع وانه اسم لالتقاء الختانين ولم يوجد فلا تحل
للاول وان حملت امراة المجبوب وولدت هل تحل للاول قال ابو يوسف
حلت للاول وكانت محصنة وقال زفر لا تحل للاول ولا تكون محصنة وهو
قول الحسن وجه قول زفر ظاهر لان ثبوت النسب ليس بوطي حقيقة
بل يقام مقام الوطي حكما والتحليل يتعلق بالوطي حقيقة لا حكما كالخلوة فانها

لا تفيد الحل وان اقيمت مقام الوطي حكما كذا هذا ولان النسب يثبت من صاحب
الفراش مع كون المراة زانية حقيقة لكونه مولودا على الفراش والتحليل
لا يقع بالزنا ولابي يوسف ان النسب ثابت منه وثبوت النسب حكم الوطي
في الاصل فصار كالدخول وسواء وطيها الزوج الثاني في حيض او نفاس او
صوم او احرام لوجود الدخول في النكاح الصحيح ولو كانت كتابية تحت
مسلم طلقها ثلاثا فنكحت كتابيا نكاحا يقران عليه لو اسلما ودخل بها فانها
تحل لزوجها الاول لوجود الدخول في النكاح الصحيح في حقهم لانهم يقرون
عليه بعد الاسلام فصار كنكاح المسلمين وسواء كانت المراة مطلقة من
زوج واحد او من زوجين او اكثر من ذلك فالزوج الواحد اذا دخل بها
يحلها للزوجين او اكثر من ذلك بان طلق الرجل امراته فتزوجت بزوج
اخر وطلقها الثاني قبل ان يدخل بها ثلاثا ثم تزوجت زوجا ثالثا ودخل
بها حلت للاولين لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره جعل الزوج الثاني منهيا للحرمة من غير فصل بينها اذا حرمت على
زوج واحد او اكثر ثم وطي الزوج الثاني هل يهدم ما كان في ملك الزوج الاول من
الطلاق لا خلاف في انه يهدم الثلاث وهل يهدم ما دون الثلاث قال ابو حنيفة
وابو يوسف يهدم وقال محمد لا يهدم وبه اخذ الشافعي وقد ذكرنا الحجج والمسئلة
فيما تقدم واذا طلق الرجل امراته ثلاثا فغابت عنه مدة ثم اتته فقالت قد تزوجت
زوجا غيرك ودخل بي وانقضت عدتي قال محمد رحمه الله لا باس ان يتزوجها
ويصدقها اذا كانت عنده ثقة او وقع في قلبه انها صادقة لان هذا من باب
الديانة وخبر العدل في باب الديانة مقبول رجلا كان او امراة كما في الاخبار
عن طهارة الماء ونجاسته وكما في رواية الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولو تزوجها ولم يخبره بشي فلما وقع قالت لم اتزوج زوجا غيرك او قالت تزوجت
ولم يدخل بي او قالت قد خلا بي وجامعني فيما دون الفرج وكذبها الاول
وقال قد دخل بك الثاني لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد ان
القول قول المراة في ذلك كله لان هذا الامر لا يعلم الا من جهتها وكان القول فيه
قولها كما في الخبر عن الحيض والحبل وفيه اشكال وهو انه انما يكون القول
قولها اذا لم يسبق منها ما يكذبها في قولها وهو اقدامها على النكاح من الزوج الاول
لان شاهد ذلك لا يجوز الا بعد التزوج بزوج اخر والدخول به فكان فعلها مناقضا
لقولها فلا يقبل وان كان الزوج هو الذي قال لها لم تتزوجي او قال لم يدخل بك

كذا م

وانها لا تحل له م

ثلاثا صح

مسألة الهدم

وطلقني صح

وفيه ... يكذبها قولها

الثاني وقالت المراة قد دخل بي فالحسن فالقول قول المراة وهذا صحيح
لما ذكرنا ان هذا انما يعلم من جهتها ولم يوجد منها دليل التناقض وكان
القول قولها قال ويفسد النكاح ولها نصف المسمي ان كان لم يدخل بها
والكل ان كان قد دخل بها لان الزوج معترف بالحرمة وقوله فيما يرجع
الي الحرمة مقبول لانه يملك انشا التحريم فكان اعترافه بفساد النكاح بمنزلة
انشا الفرقة فيقبل قوله فيه ولا يقبل في اسقاط حقها عن المهر والله اعلم
وان كان الزوجان مملوكين فحكم الواحدة البائنة لا يتغير واما حكم الثنتين
فحكمها في المملوكين ما هو حكم الثلاث في الحرين بلا خلاف لقول النبي
صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقوله يطلق
العبد ثنتين وان كان احدهما حرا والاخر مملوكا فيعتبر فيه جانب النسا
عندنا وعند الشافعي جانب الرجال بنا على ان اعتبار الطلاق بهن لا بهم عندنا
وعنده بهم لا بهن والمسلة قد تقدمت والله الموفق **فصل**
هذا الذي ذكرنا بيان الحكم الاصلي للطلاق واما الذي هو من التوابع فنوعان
نوع يعم الطلاق المعين والمبهم ونوع يخص المبهم اما الذي يعم المعين والمبهم فوجوب
العدة على بعض المطلقات دون بعض وهي المطلقة المدخول بها والكلام
في العدة في مواضع في تفسير العدة في عرف الشرع وبيان وقت وجوبها
وفي بيان انواع العدد وسبب وجوب كل نوع وماله وجب وشرط
وجوبه وفي بيان مقادير العدد وفي بيان ما يعرف به انقضا العدة وفي بيان انتقال العدة
وتغيرها وفي بيان احكام العدد اما تفسير العدة فالعدة في الشرع
اسم لاجل ضرب لانقضا ما بقي من اثار النكاح وهذا عندنا وعند الشافعي
هي اسم لفعل التربص وعلى هذا تبتنا العدتان اذا وجبتا انهما يتداخلان
سوا كانتا من جنس واحد او من جنسين وصورة الجنس الواحد المطلقة
اذا تزوجت في عدتها فوطيها الزوج ثم تتاركا حتى وجبت عليها عدة
اخرى فان العدتين يتداخلان عندنا وصورة الجنسين المختلفين المتوفي
عنها زوجها اذا وطيت بشبهة تداخلت ايضا وتعتد بما راته
من الحيض في الاشهر من عدة الوطي عندنا وقال الشافعي تمضي في
العدة الاولى فاذا انقضت استانفت الاخرى احتج بقوله تعالى والمطلقات
يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وقوله والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وقوله وبعولتهن احق

خلفهم م

العدة

م وبيان وقت وجوبها صح

وطيت

الاخرى م

بردهن في ذلك اي في التربص ومعلوم ان الزوج انما يملك الرجعة في العدة
دل ان العدة تربص سمي الله تعالى العدة تربصا وهو اسم للفعل وهو فعل
الكف والفعلان وان كانا من جنس واحد لا يتاديان باحدهما كالكف في باب
الصوم وغير ذلك ولنا قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ
الكتاب اجله سمي العدة اجلا والاجل اسم لزمان مقدر مضروب لانقضا
امر كاجل الديون وغيرها سميت العدة اجلا لكونه وقتا مضروبا لانقضا
ما بقي من اثار النكاح والاجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة كالاجال في باب
الديون والدليل على انها اسم للاجل انها تنقضي من غير فعل بان لم تجتنب عن
محظورات العدة حتى انقضت المدة ولو كانت فعلا لما تصور انقضاوها
مع ضدها وهو الترك واما الايات فالتربص هو التربص التثبت والانتظار قال
الله تعالى فتربصوا به حتى حين وقال نتربص بكم الدوائر وقال فتربصوا
انا معكم متربصون والانتظار يكون في الاجال فالمعتدة تنتظر انقضا
المدة المضروبة وبه تبين ان التربص ليس هو فعل الكف على انا ان سلمنا انه كف
لكنه ليس بركن في الباب بل هو تابع بدليل انه تنقضي العدة بدونه على ما بينا ولذا
تنقضي بدون العلم ولو كان ركنا لما تصور الانقضا بدونه وبدون العلم
به وعلى هذا تنقضي يبني وقت وجوب العدة انها تجب من وقت وجود
سبب الوجوب من الطلاق والوفاة وغير ذلك حتى لو بلغ المراة طلاق زوجها
او موته فعليها العدة من يوم طلق او مات عند عامة العلما وعند
عامة الصحابة وحكي عن علي رضي الله عنه انه قال من يوم ياتيها الخبر ووجه
البنا على هذا الاصل ان الفعل لما كان ركنا عنده فايجاب الفعل على من لا
علم له به ولا بسبب الوصول الى العلم به ممتنع فلا يمكن ايجابه الا من وقت
بلوغ الخبر لانه وقت حصول العلم به ولما كان الركن هو الاجل عندنا وهو
مضي الزمان لا يقف وجوبه على العلم به كمضي ساير الازمنة ثم قد بينا انه
لا يقف على فعلها اصلا وهو الكف فانها لو علمت فلم تكف ولم تجتنب ما
تجتنبه المعتدة حتى انقضت المدة انقضت عدتها واذا لم يقف على فعلها
فلان لا يقف على علمها به اولى وما روي عن علي رضي الله عنه محمول على انها
لا تعلم وقت الموت فامرها بالاخذ باليقين وبه نقول وقد روي عنه
في العدة انها من وقت الطلاق مثل قول العامة فاما ان يحمل على الرجوع
او على ما قلنا واما بيان انواع العدد فالعدد في الشرع انواع ثلاثة

عيرم ٤ التربص صح

فانها

عدة الاقرا وعدة الاشهر وعدة الحمل اما عدة الاقرا فلوجوبها اسباب
منها الفرقة في النكاح الصحيح سوا كانت بطلاق او بغير طلاق وانما تجب
هذه العدة لاستبرا الرحم وتعرف براتها عن الشغل بالولد لانها لو لم
تجب لاحتمل انها حملت من الزوج الاول وتتزوج بزوج اخر وهي حامل
من الزوج الاول فيطاوها الزوج الثاني فيصير ساقيا ماه زرع غيره
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله من كان يومن بالله واليوم
الاخر فلا يسقين ماه زرع غيره وكذا اذا جات بولد يشتبه النسب فلا غيره
يحصل المقصود ويضيع الولد لعدم المربي والنكاح سببه فكان
متسببا الى هلاك الولد وهذا لا يجوز فوجبت العدة ليعلم بها فراغ
الرحم وشغله فلا يودي الى هذه العواقب الوخيمة وشرط وجوبها
الدخول او ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة في النكاح
الصحيح دون الفاسد فلا تجب بدون الدخول والخلوة الصحيحة
لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من
قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ولان وجوبها بطريق
استبرا الرحم على ما بينا والحاجة الى الاستبرا بعد الدخول لا قبله الا
ان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح اقيمت مقام النكاح في وجوب
العدة لانها اقيمت مقامه في تاكد المهر الذي هو خالص حق العبد
فلان تقام مقامه في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى اولى لان
حق الله تعالى يحتاط في ايجابه ولان التسليم الواجب بالنكاح قد حصل
بالخلوة الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول في النكاح الفاسد بخلاف الخلوة
لان الخلوة الصحيحة انما اقيمت مقام الدخول في وجوب العدة مع انها
ليست بدخول حقيقة لكونها سببا مفضيا اليه فاقيمت مقامه احتياطا
لقيام السبب مقام المسبب فيما يحتاط فيه والخلوة في النكاح الفاسد
لا تفضي الى الدخول لوجود المانع وهو فساد النكاح وحرمة الوطي فلم
توجد الخلوة حقيقة اذ هي لا تتحقق الا بعد انتفا الموانع او وجدت
بصفة الفساد فلا تقوم مقام الدخول وكذا التسليم الواجب بالعقد
لم يوجد لان النكاح الفاسد لا يوجب التسليم فلا تجب العدة واما
الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيه في
كتاب النكاح وسوا كانت المطلقة حرة او مدبرة او امة او مكاتبة

او

او مستسعاة ولا يختلف اصل الحكم باختلاف الرق والحرية لان ما وجبت
له لا يختلف باختلافهما وانما يختلف القدر لما نبين والكلام في القدر
ياتي في موضعه ان شا الله تعالى وسوا كانت مسلمة او كتابية تحت مسلم
الحرة كالحرة والامة كالامة لان العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج
قال الله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والكتابية مخاطبة
بحقوق العباد فتجب عليها العدة وتجبر عليها لاجل حق الزوج والولد
لانها من اهل ايفا حقوق العباد وان كانت تحت ذمي فلا عدة عليها
في الفرقة ولا في الموت في قول ابي حنيفة اذا كان ذلك كذلك في دينهم
حتى لو تزوجت في الحال جاز وعند ابي يوسف ومحمد عليها العدة وذكر
الكرخي في جامعه في الذمية تحت ذمي اذا مات عنها او طلقها فتزوجت في
الحال جاز الا ان تكون حاملا فلا يجوز نكاحها وجه قولهما ان الذمية من
اهل دار الاسلام الا ترى انهم يجري عليهم ساير احكام الاسلام كذا هذا
الحكم ولابي حنيفة انه لو وجبت عليها العدة اما ان تجب لحق الله تعالى
او لحق الزوج ولا سبيل الى ايجابها لحق الزوج لان الزوج لا يعتقده حقا
لنفسه ولا سبيل الى ايجابها لحق الله تعالى لان العدة فيها معنى القربة وهي
غير مخاطبة بالقربات الا انها اذا كانت حاملا تمنع من التزوج لان
وطي الزوج الثاني يوجب اشتباه النسب وحفظ النسب حق الولد فلا
تملك ابطال حقه وكان على الحاكم استيفا حقه بالمنع من التزوج ولا
عدة على المهاجرة في قول ابي حنيفة وعندهما عليها العدة والمسالة
مرت في كتاب النكاح فان جا الزوج مسلما وتركها في دار الحرب فلا
عدة عليها في قولهم جميعا لان على اصل ابي حنيفة الكافرة تلزمها العدة
لحق المسلم واختلاف الدارين يمنع ثبوت الحق لاحدهما على الاخر وعلى
اصلهما وجوب العدة على الكافر الحربي ان احكامنا على اهل الذمة ولا يجري
حكمنا على الحربية ولا عدة على الزانية حاملا كانت او غير حامل لان الزنا
لا يتعلق به ثبوت النسب ومنها الفرقة في النكاح الفاسد بتفريق
القاضي او بالمتاركة وشرطها الدخول لان النكاح الفاسد يجعل منعقدا
عند الحاجة وهي استيفا المنافع وقد مست الحاجة الى الانعقاد لوجوب
العدة صيانة للما عن الضياع بثبوت النسب وتجب هذه العدة على الحرة
والامة والمسلمة والكتابية لان الموجب لا يوجب الفصل ويستوي

فيها الموت والفرقة لان وجوب هذه العدة على وجه الاستبرا وقد مست
الحاجة الى الاستبرا لوجود الوطي فاما عدة الوفاة فانما تجب لمعنى اخر وهو
اظهار الحزن على ما فاتها من نعمة النكاح على ما نذكر والنكاح الفاسد
ليس بنكاح على الحقيقة فلم يكن نعمة ثم يعتبر الوجوب في الفرقة وفي
الموت من وقت الموت عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر من اخر وطي
وطيها والمسلة مرت في كتاب النكاح ومنها الوطي عن شبهة النكاح
كان زفت اليه غير امراته فوطيها لان الشبهة تقام مقام الحقيقة في
موضع الاحتياط وايجاب العدة من باب الاحتياط ومنها عتق ام الولد
ومنها موت مولاها بان اعتقها مولاها او مات عنها وسبب وجوب هذه
العدة زوال الفراش وهذا عندنا وعند الشافعي لا عدة عليها وانما عليها
الاستبرا بحيضة واحدة وسبب وجوبها عنده زوال ملك اليمين ونذكر
المسلة في بيان مقادير العدد ان شا الله تعالى **فصل** واما عدة الاشهر
فنوعان نوع يجب بدلا عن الحيض ونوع يجب اصلا بنفسه اما الذي يجب
بدلا عن الحيض فهو عدة الصغيرة والايسة والمراة التي لم تحض راسا
في الطلاق وسبب وجوبها هو الطلاق ما هو سبب وجوب الاقرا لانها
تجب قضا لحق النكاح الذي يستوفي فيه المقصود وشرط وجوبها
شيان احدهما احد الاشيا الثلاثة الصغر والكبر وفقد الحيض
اصلا مع عدم الصغر والكبر والاصل فيه قوله تعالى واللاي يبيسن
من المحيض من نسايكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاي لم
يحضن والثاني الدخول او ما هو في معناه وهو الخلوة الصحيحة في
النكاح الصحيح لعموم قوله قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات
ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها
من غير تخصيص الا ان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح الحقت
بالدخول في حق وجوب العدة لما ذكرنا انها الحقت به في حق تاكد
كل المهر ففي وجوب العدة اولى احتياطا وتجب هذه العدة على
الحرة والامة لان ما وجبت له لا يختلف وهو ما بينا الا انهما يختلفان في
مقدار الواجب على ما نذكر وكذا يستوي فيها المسلمة والكتابية لعموم
النص وكذا المعنى الذي وجبت له لا يوجب الفصل واما الذي يجب اصلا
بنفسه فهو عدة الوفاة وسبب وجوبها الوفاة قال الله تعالى والذين

من وقت الفرقة صح

اصل الوجوب صح

يتوفون

يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
وانها تجب لاظهار الحزن لفوت نعمة النكاح اذ النكاح كان نعمة عظيمة في
حقها لان الزوج كان سبب صيانتها وعفافها وبقايها بالنفقة والكسوة
والسكنى فوجبت عليها العدة اظهارا للحزن لفوت النعمة وتعريفا لقدرها
وشرط وجوبها نكاح صحيح فقط فتجب هذه على المتوفى عنها زوجها
سوا كانت مدخولا بها او غير مدخول وسوا كانت ممن تحيض او ممن
لا تحيض لعموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا
يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ولما ذكرنا انها تجب اظهارا
للحزن لفوت نعمة النكاح وقد وجد وانما شرطنا النكاح الصحيح
لان الله تعالى اوجبها على الازواج ولا تصير زوجا حقيقة الا بالنكاح
الصحيح وسوا كانت مسلمة او كتابية تحت مسلم لعموم النص ولوجود
المعنى الذي وجبت له وسوا كانت حرة او امة او مدبرة او مكاتبة او
مستسعاة لا يختلف اصل الحكم لان ما وجبت له لا يختلف وانما يختلف
القدر لما نذكر **فصل** واما عدة الحبل فهي مدة الحمل وسبب
وجوبها الفرقة او الوفاة لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن اي انقضا اجلهن ان يضعن حملهن واذا كان انقضا
اجلهن بوضع حملهن كان اجلهن مدة حملهن وهذه العدة انما تجب
لبلا يصير المتزوج بها ساقيا ماه زرع غيره وشرط وجوبها ان يكون
الحمل من النكاح صحيحا كان او فاسدا لان الوطي في النكاح الفاسد يوجب
العدة ولا تجب على الحامل من الزنا لان الزنا لا يوجب العدة الا انه اذا تزوج امراة
وهي حامل من الزنا جاز النكاح عند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز له ان
يطاها ما لم تضع لان لا يصير ساقيا ماه زرع غيره **فصل**
واما بيان مقادير العدد وما تنقضي به فاما عدة الاقرا فان كانت المراة
حرة فعدتها ثلاثة قرو لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة
قرو سوا وجبت بالفرقة في النكاح الصحيح او بالفرقة في النكاح الفاسد
او بالوطي عن شبهة النكاح لما ذكرنا ان النكاح الفاسد بعد الدخول يجعل
منعقدا في حق وجوب العدة ويلحقه فيه وشبهة النكاح ملحقة
بالحقيقة فيما يحتاط فيه والنص الوارد في المطلقة يكون واردا فيهما وكذا
ام الولد اذا اعتقت باعتاق المولى او بموته فانها تعتد بثلاثة قرو وعندنا

فائدة

العدة

وقال الشافعي تعتد بحيضة واحدة وجه قوله ان هذه العدة لم تجب بزوال ملك النكاح وانما وجبت بزوال ملك اليمين فكان وجوبها بطريق الاستبرا فيكتفى بحيضة واحدة كما في استبرا ساير المملوكات ولنا ما روي عن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم انهم قالوا عدة ام الولد ثلاث حيض وهذا نص وبه تبين ان الواجب عليها عدة وليس بحيض باستبراء لانهم سموه عدة والعدة لا تقدر بحيضة واحدة كساير العدد ولان هذه العدة تجب بزوال الفراش لان ام الولد لها فراش الا ان فراشها قبل العتق غير مستحكم لاحتمال النقل الى غيره فاذا عتقت فقد استحكم فالتحق بالفراش الثابت بالنكاح والعدة التي تجب بزوال الفراش الثابت بالنكاح وهو النكاح الفاسد مقدرة بثلاثة قروء ولهذا استوى في الواجب عليها الموت والعتق كما في النكاح الفاسد وعدة المستحاضة وغيرها سوا وهي ثلاثة اقرا بعموم النص وان كانت امة فقرآن عند عامة العلما وقال نفاة القياس ثلاثة قروء كعدة الحرة واحتجوا بعموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء من غير تخصيص الحرة ولنا الحديث المشهور وهو ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقال عمر رضي الله عنه عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة واحدة وبه تبين ان الاماء مخصوصات عن عمومات الكتاب وتخصيص الكتاب بالخبر المشهور جايز بالاجماع ولان العدة حق من حقوق النكاح مقدر فيؤثر الرق في تنصيفه كالقسم كان ينبغي ان يتنصف فتعتد بحيضة ونصف كما اشار اليه عمر رضي الله عنه الا انه لا يمكن لان الحيضة الواحدة لا تتجزى فتكامل ضرورة وسوا كان زوجها حرا او عبدا بلا خلاف لان العدة تعتبر بالنسا بالاجماع وتستوي في هذه العدة المسلمة والكتابية الحرة كالحرة والامة كالامة لان الدليل لا يوجب الفصل ثم اختلف اهل القبلة فيما تنقضي به هذه العدة انه الحيض ام الاطهار قال اصحابنا رحمهم الله انه الحيض وقال الشافعي الاطهار وفايدة الخلاف ان من طلق امراته في حالة الطهر لا يحتسب بذلك الطهر من العدة عندنا حتى لا تنقضي عدتها ما لم تحض ثلاث حيض بعده وعنده يحتسب بذلك الطهر من العدة وتنقضي عدتها بانقضا ذلك الطهر من العدة الذي طلقها فيه وبطهر اخرين بعده والمسلة مختلفة

لعدم النكاح

ونصف حيضة

بين

بين الصحابة رضي الله عنهم روي عن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وابي موسى الاشعري وابي الدردا وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس انهم قالوا الزوج احق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة كما هو مذهبنا وعن زيد بن ثابت وحذيفة وابن عمر وعايشة رضي الله عنهم مثل قوله وحاصل الاختلاف راجع الى ان القروء المذكور في الاية ثلاثة قروء ما هو الحيض ام الطهر فعندنا الحيض وعنده الطهر ولا خلاف بين اهل اللغة في ان القروء يذكر ويراد به الحيض ويذكر ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما في ساير الاسما المشتركة من اسم العين ونحو ذلك اما استعماله في الحيض فلقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرايها اي ايام حيضها اذ ايام الحيض التي تدع الصلاة فيها لا ايام الطهر واما في الطهر فلما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان تستقبل العدة استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة اي طهر واذا كان الاسم حقيقة لكل واحد منهما على سبيل الاشتراك فيقع الكلام في الترجيح احتج الشافعي رحمه الله بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم العدة بالطهر في ذلك الحديث حيث قال فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النسا فدل ان العدة بالطهر لا بالحيض ولانه ادخل الها في الثلاثة بقوله ثلاثة قروء وانما تدخل الها في جمع المذكر لا في جمع المونث يقال ثلاثة رجال وثلاث نسوة والحيض مونث والطهر مذكر فدل ان المراد منها الاطهار ولانكم لو حملتم القرء المذكور على الحيض للزمكم المناقضة لانكم قلتم في المطلقة اذا كانت ايامها دون العشرة فانقطع دمها انه لا تنقضي عدتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة فقد جعلتم العدة بالطهر وهذا مناقض ولنا الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء فقد امر الله تعالى بالاعتداد بثلاثة قروء ولو حمل القرء على الطهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث لان بقية الطهر الذي صادفه الطلاق محسوب من الاقرا عنده والثلاث اسم لعدد مخصوص والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه فيكون ترك العمل بالكتاب ولو حملناه على الحيض يكون الاعتداد بثلاث حيض كوامل لان ما بقي من

وقوله

من الاسما المشتركة

هو

الطهر غير محسوب من العدة عندنا فيكون عملا بالكتاب فكان الحمل على ما
قلناه اولى ولا يلزم قوله تعالى الحج اشهر معلومات انه ذكر الاشهر والمراد
شهران وبعض الثالث فكذا القرو جاز ان يراد به القران وبعض الثالث
لان الاشهر اسم جمع لا اسم عدد واسم الجمع جاز ان يذكر ويراد به بعض ما ينتظمه
مجازا ولا يجوز ان يذكر الاسم الموضوع لعدد مخصوص ويراد به ما دونه
لا حقيقة ولا مجازا الا ترى انه لا يجوز ان يقال رايت ثلاثة رجال ويراد
به رجلان وجاز ان يقال رايت رجالا ويراد به رجلان معا ان هذا ان كان
في حد الجواز فلا شك انه بطريق المجاز ولا يجوز العدول عن الحقيقة
من غير دليل اذ الحقيقة هي الاصل في حق الاحكام للعمل بها وان كان في حق
الاعتقاد يجب التوقف لمعارضة المجاز الحقيقة في الاستعمال وفي باب
الحج قام دليل المجاز وقوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسائكم ان
ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر جعل الاشهر بدلا عن الاقرا عند الاياس
عن الحيض والمبدل هو الذي يشترط عدمه لجواز اقامة البدل مقامه
فدل ان المبدل هو الحيض فكان المراد من القرء المذكور في الاية كما في قوله
تعالى فلم تجدوا ما فتيمموا صعيدا طيبا لما شرط عدم الما عند ذكر
البدل وهو التيمم دل ان التيمم بدل عن الما فكان المراد من الغسل المذكور في
اية الوضو هو الغسل بالما كذا هذا هاهنا واما السنة فقوله صلى الله عليه
وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ومعلوم انه لا تفاوت بين
الحرة والامة في العدة فيما يقع به الانقضا اذ الرق اثره في تنقيص العدة
التي تكون في حق الحرة لا في تغيير اصل العدة فدل ان براة الرحم تحصل
بالحيض وكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر واما الاية فالمراد من العدة
المذكورة فيها عدة الطلاق والنبي صلى الله عليه وسلم جعل الطهر عدة
الطلاق الا ترى انه قال فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النسا
والكلام في العدة عن الطلاق انها ما هي وليس في الاية بيانها واما قوله
ادخل لها في الثلاثة فنعم لكن هذا لا يدل على ان المراد من القرء الطهر لان
اللغة لا تمنع من تسمية الشي الواحد بالتذكير والتانيث كالبر والحنطة
فيقال هذا البر وهذه الحنطة وان كانت الحنطة شيا واحدا فكذا القرء
والحيض والطهر اسمان للدم المعتاد واحد الاسمين مذكر وهو القرء فيقال
ثلاثة قرو والاخر مونث وهو الحيض فيقال ثلاث حيض ودعوى

ان اصل ما تنقضي به العدة هو الحيض واما العقول فهو ان هذه العدة وجبت للتعرف عن براة الرحم والعلم ببراة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر ~~وكان الاعتداد بالحيض~~ لا بالطهر

ما يسم م

التناقض

خ الممتنع الطهر

التناقض ممنوع فان في تلك الصورة الحيض باقي وان كان الدم منقطعا لان
انقطاع الدم لا ينافي الحيض بالاجماع لان الدم لا يدر في جميع الاوقات بل في
وقت دون وقت واحتمال الدرور في وقت الحيض قايم فاذا لم يجعل
ذلك الطهر عدة لا يلزمنا التناقض والله الموفق واما الممتد طهرها
وهي امراة كانت تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا اياس فانقضا عدتها
في الطلاق وساير الفرق بالحيض لانها من ذوات الاقرا الا اذا ارتفع
حيضها مدة لعارض فلا تنقضي عدتها حتى تحيض ثلاث حيض او حتى
تدخل في حد الاياس فتستانف عدة الايسة ثلاثة اشهر وهو مذهب
علي وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وروي عن عمر وابن عباس انها تمكث
تسعة اشهر فان لم تحض اعتدت بثلاثة اشهر بعد ذلك وهو قول
مالك احتجوا بقوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر نقل العدة عند الارتياب الى الاشهر والتي ارتفع حيضها هي
المرتابة فيجب ان تكون عدتها بالشهور والجواب ان ليس المراد من الارتياب
المذكور هو الارتياب في الاياس بل المراد منه ارتياب المخاطبين في عدة
الايسة قبل نزول الاية كذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان الله تعالى لما بين
لهم عدة ذات القرو وعدة الحامل شكوا في الايسة فلم يدروا ما عدتها
فانزل الله تعالى هذه الاية وفي الاية ما يدل عليه فانه قال واللاي يئسن
من المحيض من نسائكم ولا ياس مع الارتياب اذ الارتياب يكون مع رجا الحيض
والرجا ضد الاياس ولذا قال ان ارتبتم والمراد منه ولو كان المراد من الارتياب
في الاياس لكان من حق الكلام ان يقول ان ارتبن فدل به ما ذكرنا والله اعلم
واما عدة الاشهر فالكلام فيها في موضعين ايضا في بيان مقدارها وما تنقضي
به وفي بيان كيفية ما يعتبر به الانقضا اما الاول فما وجب بدلا عن الحيض
وهو عدة الايسة والصغيرة والبالغة التي لم تر الحيض اصلا فثلاثة
اشهر ان كانت حرة لقوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسائكم
ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاي لم يحضن ولان الاشهر في حق
هؤلا بدل عن الاقرا والاصل مقدر بالثلاث فكذا البدل سوا وجبت الفرقة
بطلاق او بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص او وجبت بالفرقة
في النكاح الفاسد او بالوطء عن شبهة لما ذكرنا في عدة الاقرا وكذا اذا وجبت
على ام الولد بالعتق او بموت المولى عندنا خلافا للشافعي وان كانت امة فشهر

وجوه م

تنف

ارتياب المخاطبين م على انه اراد صح

وتنصف لان حكم البدل حكم الاصل وقد تنصف المبدل فيتنصف البدل ولان
الرق منصف والتكامل في عدة الاقرا ضرورة عدم التجزي والشهر متجزي
فبقي الحكم على الاصل ولهذا تنصفت عدتها في الوفاة وسوا كان زوجها حرا
او عبدا لما ذكرنا ان المعتبر في العدة جانب النسا سوا كانت قنة او مدبرة
او ام ولد او مكاتبة او مستسعاة عند ابي حنيفة وما وجب اصلا بنفسه
وهو عدة المتوفى عنها زوجها فاربعة اشهر وعشر ان كانت حرة لقوله
تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر
وعشرا وقيل انما قدرت هذه العدة بهذه المدة لان الولد يكون في بطن
امه اربعين يوما نطفة ثم اربعين يوما علقة ثم اربعين يوما مضغة ثم ينفخ
فيه الروح في العشر فامرت بتربص هذه المدة ليتبين الحبل ان كان بها
حبل وان كانت امة فشهران وخمسة ايام بالاجماع لما بينا سوا كانت
قنة او مدبرة او ام ولد او مكاتبة او مستسعاة عند ابي حنيفة والمسلمة
والكتابية سوا في مقدارها تيز العد بين الحرة كالحرة والامة كالامة لان ما
ذكرنا من الدلايل لا يوجب الفصل بينهما وانقضا هذه العدة بانقضا هذه
المدة في الحرة والامة واما بيان كيفية ما يعتبر به انقضا هذه العدة فجملة
الكلام فيه ان سبب وجوب هذه العدة من الوفاة اذا اتفق في غرة الشهر
اعتبرت الشهور بالاهلة وان نقصت عن العدد في قول اصحابنا جميعا لان
الله تعالى امر بالعدة بالاشهر بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر وقوله اربعة اشهر
وعشرا فلزم اعتبار الاشهر والشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون
تسعة وعشرين يوما بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
الشهر هكذا وهكذا واشار باصابع يديه كلها ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا
وخنس ابهامه في المرة الثالثة وان كانت في بعض الشهر اختلفوا فيه قال
ابو حنيفة تعتبر بالايام فتعتد من الطلاق واخواته تسعين يوما ومن
الوفاة بمائة وثلاثين يوما وكذلك قال في صوم الشهرين المتتابعين اذا
ابتدا الصوم في الشهر وقال محمد تعتبر الشهر بالايام وباقي الشهور بالاهلة
ويكمل الشهر الاول من الشهر الاخير بالايام وعن ابي يوسف روايتان في رواية
مثل قول ابي حنيفة وفي رواية مثل قول محمد وهو قوله الاخير وجه قولهما
ان المامور به هو الاعتداد بالاشهر والاشهر اسم للاهلة فكان الاصل في
الاعتداد هو الاهلة قال الله تعالى يسلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس

تبين م
فيه م
صح
الثاني في صح
والطلاق ونحوه صح
وهكذا م
العرفة م
منتصف م

والحج

والحج جعل الهلال لمعرفة الاوقات وانما يعدل الى الايام عند تعذر اعتبار الاهلة
وقد تعذر اعتبار الهلال في الشهر الاول فعدلنا عنه الى الايام ولا تعذر في بقية
الشهور فلزم اعتبارها بالاهلة ولهذا اعتبرنا كذلك في باب الاجارة اذا وقعت
في بعض الشهر كذا هاهنا ولابي حنيفة ان العدة يراعى فيها الاحتياط فلو
اعتبرناها بالايام لزادت على الشهور ولو اعتبرناها بالاهلة لنقصت عن الايام
فكان ايجاب الزيادة اولى احتياطا بخلاف الاجارة لانها تمليك المنفعة والمنافع
توجد شيا فشيا على حسب حدوث الزمان فيصير كل جزء منها كالمعقود
عليه عقدا مبتدا فيصير عند استهلال كانه ابتدا العقد فيكون بالاهلة بخلاف
العدة فان كل جزء منها ليس كعدة مبتداة واما الايلا في راس الشهر فقد ذكرنا
الاختلاف بين ابي يوسف وزفر في كيفية اعتبار الاشهر فيه ان على قول
ابي يوسف يعتبر بالايام فيكمل مائة وعشرين يوما ولا ينظر الى نقصان
الشهر ولا الى تمامه وعند زفر يعتبر بالاهلة وجه قول زفر ان مدة
الايلا كمدة العدة لان كل واحد منهما يتعلق بها البينونة ولابي يوسف
ان اعتبار الايام في مدة الايلا يوجب تاخير الفرقة واعتبار الاشهر يوجب
التعجيل فيقع الشك في وقوع الطلاق فلا يقع بالشك كمن علق طلاق امراته
بمدة في المستقبل وشك في المدة بخلاف العدة لان الطلاق هناك واقع
بيقين وحرمته متاجل فاذا وقع الشك في التاجيل لا يتاجل بالشك والله اعلم
واما عدة الحمل فمقدارها بقية مدة الحمل قلت او كثرت حتى لو ولدت
بعد وجوب العدة بيوم او اقل او اكثر انقضت به العدة لقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل وذكر في الاصل انها لو ولدت
والميت على سريره انقضت به العدة على ما جات به السنة هكذا ذكر
والسنة المذكورة هي ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال المتوفى عنها زوجها
اذا ولدت وزوجها على السرير جاز لها ان تتزوج وشرط انقضا هذه
العدة ان يكون ما ولدت قد استبان خلقه او بعض خلقه فان لم يستبن
راسا بان اسقطت علقة او مضغة لم تنقض العدة لانه اذا استبان
خلقه او بعض خلقه فقد وجد وضع الحمل فتنقضي به العدة واذا لم
يستبن لم يعلم كونه ولدا بل يحتمل ان يكون ويحتمل ان لا يكون فيقع الشك
في وضع الحمل فلا تنقضي العدة بالشك وقال الشافعي رحمه الله في احد
قوليه يري النسا وهذا ليس بشي لانهن لم يشاهدن اغلاق الولد في الرحم

فع
الشهر م
بلغ
ت
وضعت صح
فهو ولد صح

ليقسن هذا عليه فيعرف وقال في قول اخر يجعل في الما الحار ثم ينظر فان انحل
فليس بولد وان لم ينحل فهو ولد وهذا ايضا فاسد لانه يحتمل ان يكون قطعة
من كبدها او لحمها انفصلت منها وانها لا تنحل بالما الحار كما لا ينحل الولد
فلا يعلم به انه ولد ولو ظهر اكثر الولد لم يذكره في ظاهر الروايات وقيل لو
في المطلقة الرجعية اذا ظهر منها اكثر ولدها انها تبين فعلى هذا يجب ان تنقضي
العدة ايضا بظهور اكثر الولد ويجوز ان يفرق بينهما فيقام الاكثر مقام الكل
في انقطاع الرجعة احتياطا ولا يقام في انقضا العدة حتى لا تحل للازواج احتياطا
ايضا ثم انقضا عدة الحبل بوضع الحمل اذا كانت معتدة من طلاق او غيره من
اسباب الفرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن وكذلك اذا كانت متوفا عنها زوجها عند عامة العلما وعامة
الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وابي هريرة — وعبد الله بن عمر صح
رضي الله عنهم انهم قالوا عدتها بوضع ما في بطنها وان كان زوجها على السرير
وقال علي رضي الله عنه وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهم ان الحامل
اذا توفا عنها زوجها فعدتها ابعد الاجلين وضع الحمل او مضي اربعة
اشهر وعشرا ايهما كان اخيرا تنقضي العدة به وجه هذا القول ان الاعتداد
بوضع الحمل انما ذكر في الطلاق لا في الوفاة قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن لانه معطوف على قوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من
نساكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاي لم يحضن وذلك بنا على
قوله يا ايها النبي اذا طلقتم النسا وكان المراد من قوله واللاي يئسن من المحيض — واللاي لم يحضن صح
من نسايكم المطلقات فكذا هذا ولان في الاعتداد بابعد الاجلين جمعا بين
الايتين بالقدر الممكن لان فيه عملا باية عدة الحمل ان كان اجل تلك العدة
ابعد وعملا باية عدة الوفاة ان كان اجلها ابعد وكان عملا بهما جميعا بقدر
الامكان وفيما قلتم عملا باحداهما وترك العمل بالاخرى اصلا فكان ما قلناه
اولى ولعامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم قوله تعالى واولات الاحمال
اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين المطلقة والمتوفا عنها زوجها وقوله
هذا بنا على قوله واللاي يئسن من المحيض من نسايكم ممنوع بل هو ابتدا خطاب
وفي الاية ما يدل عليه فانه قال ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر ومعلوم انه
لا يتحقق الارتياب فيمن تحمل القروء وذلك لان الاشهر في الايسات انما اقيمت مقام
الاقرا في ذوات الحيض واذا كانت الحامل ممن تحيض لم يقع لهم شك في عدتها

ليسلوا

ليسلوا عن عدتها واذا كان كذلك ثبت انه خطاب مبتدا واذا كان خطابا
مبتدا يتناول العدد كلها وقوله الاعتداد بابعد الاجلين عمل بالايتين بقدر
والتاخر صح — الامكان فيقال انما يعمل بهما اذا لم يثبت نسخ احدهما بالتقدم او لم يكن
احدهما اولى بالعمل بها وقد قيل ان اية وضع الحمل اخرهما نزولا لما روي
عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه قال من شا باهلته ان قوله
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد قوله اربعة اشهر
وعشرا فاما ان ينسخ الاشهر بوضع الحمل اذا كان بين الايتين زمان يصلح
للنسخ فينسخ الخاص المتقدم بالعام المتاخر كما هو مذهب مشايخنا بالعراق
ولا يبنى الخاص على العام او يعمل بالنص العام بعمومه ويتوقف في حق الاعتقاد
في التخريج على التناسخ والتخصيص كما هو مذهب مشايخنا بسمرقند ولا
عرف صح — يبنى العام على الخاص على ما في اصول الفقه وروي عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده قال قلت يا رسول الله حين نزل قوله واولات الاحمال
اجلهن ان يضعن حملهن انها في المطلقة ام في المتوفا عنها زوجها فقال
صلى الله عليه وسلم فيهما جميعا وقد روت ام سلمة رضي الله عنها ان سبيعة
بنت الحرث وضعت بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين ليلة فامرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروي ايضا عن ابي السنابل بن بعكك
ان سبيعة بنت الحرث الاسلمية وضعت بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين
ليلة فامرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروي انها لما مات
عنها زوجها ووضعت حملها وسالت ابا السنابل بن بعكك هل يجوز لها
ان تتزوج فقال حتى يبلغ الكتاب اجله فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال كذب ابو السنابل ابتغي الازواج وهذا حديث صحيح وقد روي
من طريق صحيحة لا مساغ لاحد في العدول عنه ولان المقصود من العدة
في ذوات الاقرا العلم ببراة الرحم ووضع الحمل في الدلالة على البراة فوق مضي
المدة فكان انقضا العدة به اولى من الانقضا بالمدة وسوا كانت المراة حرة
او مكاتبة صح — او مملوكة او قنة او مدبرة او ام ولد او مستسعاة مسلمة او كتابية لعموم
النص وقال ابو يوسف كذلك الا في امراة الصغير في الوفاة بان مات الصغير
عن امراته وهي حامل فان عدتها اربعة اشهر وعشرا وعند ابي حنيفة
ومحمد عدتها ان تضع حملها وجه قوله ان هذا الحمل ليس منه بيقين بدليل
انه لا يثبت نسبه منه فكان من الزنا فلا تنقضي به العدة كالحمل من الزنا او

كالحمل الحادث بعد موته ولهما عموم قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن وقوله الحمل من الزنا لا تنقضي به العدة وهذا حمل من الزنا فيكون
مخصوصا من العموم فنقول الحمل من الزنا تنقضي به العدة على قياس قولهما
الا ترى انه اذا تزوج امراة حاملا من الزنا جاز نكاحها عندهما ولو تزوجها ثم
طلقها فوضعت حملها تنقضي عدتها عندهما بوضع الحمل كذا هاهنا جاز ان
تنقضي عدتها بوضع الحمل وان كان الحمل من الزنا ولان وجوب العدة للعلم
بحصول فراغ الرحم والولادة دليل فراغ الرحم بيقين والشهر لا يدل على الفراغ
بيقين فكان ايجاب ما دل على الفراغ بيقين اولى ولا اثر للنسب في هذا الباب
وانما الاثر لما بينا في الجملة فان مات وهي حايل ثم حملت بعد موته قبل انقضا
العدة فعدتها بالشهور اربعة اشهر وعشر ولان الحمل اذا لم يكن موجودا
وقت الموت وجبت عدة الحبل وكان انقضاوها بوضع الحمل ولا يثبت نسب
الولد في الوجهين جميعا لان الولد لا يحصل عادة الا من الما والصبي لا ما له حقيقة
ويستحيل وجوده عادة فيستحيل تقديره وقال ابو يوسف ومحمد في زوجة
الكبير تاتي بولد بعد موته لاكثر من سنتين وقد تزوجت بعد مضي اربعة
اشهر وعشر ان النكاح جايز لان اقدامها على النكاح في هذه الحالة اقرار منها
بانقضا العدة لتحرز المسلمة على النكاح في العدة ولم يرد على اقرارها ما يبطله الا
ترى انها لو جات بعد التزوج بولد لستة اشهر فصاعدا كان النكاح جايزا
لما بينا فهاهنا اولى واذا كانت المعتدة حاملا فولدت ولدين انقضت عدتها
بالاخير منهما عند عامة العلما وقال الحسن البصري اذا وضعت احد الولدين
انقضت عدتها واحتج بقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن ولم يقل احمالهن فاذا وضعت احدهما فقد وضعت حملها
الا ان ما قاله لا يستقيم لوجهين احدهما انه قري في بعض القراات ان يضعن
احمالهن والثاني انه علق انقضا العدة بوضع الحمل لا بالولادة حيث قال
يضعن حملهن ولم يقل احمالهن ولدن والحمل اسم لجميع ما في بطنها ووضع
احد الولدين وضع بعض حملها لا وضع حملها فلا تنقضي به العدة ولان
وضع الحمل انما تنقضي به العدة لبراة الرحم بوضعه وما دام في بطنها
ولد لا تحصل البراة فلا تنقضي العدة والله اعلم فصل واما بيان ما يعرف
به انقضا العدة فما يعرف به انقضا العدة في مدة تحتمل الانقضا في مثلها فلا
بد من بيان اقل المدة التي تصدق فيها المعتدة في اقرارها بانقضا عدتها

وجملة

وجملة الكلام فيه ان المعتدة ان كانت من ذوات الاشهر فانها لا تصدق في اقل من ثلاثة
اشهر في عدة الطلاق ان كانت حرة وفي شهر ونصف ان كانت امة وفي عدة
الوفاة لا تصدق في اقل من اربعة اشهر وعشر ان كانت حرة ومن شهرين
وخمسة ايام ان كانت امة ولا خلاف في هذه الجملة وان كانت من ذوات الاقرا
فان كانت معتدة عن وفاة فكذلك لا تصدق في اقل مما ذكرنا في الحرة والامة
وان كانت معتدة عن طلاق فان اخبرت بانقضا عدتها في مدة تنقضي في
مثلها العدة يقبل قولها وان اخبرت في مدة لا تنقضي في مثلها في مثلها
العدة لا يقبل قولها الا اذا فسرت ذلك بان قالت اسقطت سقطا مستبين
الخلق او بعضه فيقبل قولها وانما كان كذلك لانها امينة في الاخبار عن
انقضا عدتها فان الله تعالى ايتمنها في ذلك بقوله ولا يحل لهن ان يكتمن
ما خلق الله في ارحامهن قيل في التفسير انه الحيض والحبل والقول
قول الامين مع اليمين كالمودع اذا قال رددت الوديعة او هلكت
فاذا اخبرت بالانقضا في مدة تنقضي في مثلها العدة يقبل قولها ولا يقبل اذا
كانت المدة مما لا تنقضي في مثلها العدة لان قول الامين انما يقبل
فيما لا يكذبه الظاهر والظاهر هاهنا يكذبها فلا يقبل قولها الا اذا
فسرت فقالت اسقطت سقطا مستبين الخلق او بعض الخلق فيقبل
قولها مع هذا التفسير مع يمينها لان الظاهر لا يكذبها مع التفسير ثم
اختلف في اقل ما تصدق فيه الحرة فقال ابو حنيفة ستون يوما وقال
ابو يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوما واختلفت الرواية في تخريج
قول ابي حنيفة فتخريجه في رواية محمد رحمه الله انه يبدا بالطهر خمسة
عشر يوما ثم بالحيض خمسة فذلك ستون يوما وتخريجه على رواية
الحسن انه يبدا بالحيض عشرة ايام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض
عشرة ايام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة ايام ثم بالطهر خمسة
عشر ثم بالحيض عشرة ايام فذلك ستون يوما فاختلف التخريج
مع اتفاق الحكم وتخريج قول ابي يوسف ومحمد انه يبدا بثلاثة ايام
ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة ايام ثم بالطهر خمسة عشر يوما
ثم بالحيض ثلاثة ايام فذلك تسعة وثلاثون يوما وجه قولهما ان
المراة امينة في هذا الباب والامين يصدق ما امكن وامكن تصديقها
هاهنا بان يجعل كان الطلاق في اخر الطهر فيبدا بالعدة من الحيض فيعتبر

ندم

بالاجماع لعموم قوله تع والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ص
لا بالشهيد العدة وجبت بالحمل الحادث فلا تتغير واذا كان موجودا وقت الموت ص

نوعان قول وفعل اما القول فهو اخبار المعتدة بانقضاء العدة م

المعتدة بالاقرا م

ل اقل ما تصدق فيه المعتدة الحرة م

ايام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة ايام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة ايام م

بالحيض م

اقله وذلك ثلاثة ثم اقل الطهر وهو خمسة عشر ثم اقل الحيض ثم اقل الطهر
ثم اقل الحيض ثم اقل الطهر ثم اقل الحيض فتكون الجملة تسعة وثلاثين
يوما وجه قول ابي حنيفة على تخريج محمد ان المراة وان كانت امينة في
الاقرار بانقضاء العدة لكن الامين انما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر ولا
يقبل قوله كالوصي اذا قال انفقت على اليتيم في يوم واحد الف دينار وما
قاله خلاف الظاهر لان الظاهر ان من اراد الطلاق يوقعه في اول الطهر
وكون الحيض ثلاثة ايام نادر وحيض عشرة نادر فيوخذ بالوسط وهو
خمسة واعتبار هذا التخريج يوجب ان يكون اقل ما تصدق فيه ستون
يوما واما الوجه على تخريج الحسن فهو ان نحكم بالطلاق في اخر الطهر
لان الايقاع في اول الطهر ان كان سنة لكن الظاهر هو الايقاع في اخر
الطهر لانه يجرب نفسه في اول الطهر انه هل يقدر على الصبر عنها
ثم يطلق وكان الظاهر هو الايقاع في اخر الطهر الا انه يعتبر مدة الحيض
عشرة ايام وان كان اكثر المدة لانا قد اعتبرنا في الطهر اقله فلو نقصت من
العشرة في الحيض للزم النقص في العدة فيفوت حق الزوج من كل وجه
فيحكم باكثر الحيض واقل الطهر رعاية للحقين واعتبار هذا التخريج
ايضا يوجب ما ذكرنا وهو ان يكون اقل ما تصدق فيه ستون يوما
واما الامة فعند ابي حنيفة اقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه
اربعون يوما وهو ان يقدر كانه طلقها في اول الطهر فيبتدا بالطهر
خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة ثم بالطهر خمسة عشر اربعون
يوما وعلى رواية الحسن عنه خمسة وثلاثون يوما وهو ان يقدر كانه
طلقها في اخر الطهر فيبدا بالحيض عشرة ايام ثم بالطهر خمسة عشر ثم
بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوما فاختلف حكم روايتهما في الامة
واتفق في الحرة واما على قول ابي يوسف ومحمد فاقل ما تصدق فيه
احد وعشرون يوما لانه يقدر ان الطلاق في اخر الطهر وبدا ان
بالحيض ثلاثة ثم بالطهر خمسة عشر ثم بالحيض ثلاثة فذلك احد
وعشرون يوما والله الموفق واما المعتدة اذا كانت نفساء بان ولدت
امراته فطلقها عقيب الولادة ثم قالت قد انقضت عدتي فقال ابو حنيفة
في رواية محمد عنه لا تصدق الحرة في اقل من خمسة وثمانين يوما لانه
يثبت النفاس خمسة وعشرين لانه لو اثبت اقل من ذلك لاحتاج الى ان يثبت

بعد

بعد خمسة عشر يوما طهرا ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لان من اصله ان الدمين
في الاربعين لا يفصل بينهما طهر وان كثر حتى لو رات في اول النفاس ساعة
دما وفي اخره ساعة كان الكل نفاسا عنده فيجعل النفاس عنده خمسة
وعشرين حتى يثبت بعده خمسة عشر طهرا فيقع الدم بعد الاربعين
واذا كان كذلك كان بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا
وخمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وثمانون
يوما واما على رواية الحسن عنه فلا تصدق في اقل من مائة يوم لانه يثبت بعد
الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة
عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة عشر طهرا فذلك مائة وقال
ابو يوسف لا تصدق في اقل من خمسة وستين يوما لانه يثبت احد
عشر يوما نفاسا لان العادة ان النفاس يزيد على اكثر الحيض ثم يثبت
خمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة
حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك خمسة وستون
يوما وقال محمد لا تصدق في اقل من اربعة وخمسين وساعة لان
اقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس ساعة واحدة وبعده خمسة
عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا
وخمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيض فذلك اربعة وخمسون وساعة
وان كانت امة فعلى رواية محمد عن ابي حنيفة لا تصدق في اقل من خمسة
وستين يوما لانه يثبت بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة عشر
طهرا وخمسة حيضا وخمسة عشر طهرا فذلك خمسة وستون يوما
وعلى رواية الحسن عنه لا تصدق في اقل من خمسة وسبعين لانه يثبت
بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة
عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون وقال ابو يوسف لا
تصدق في اقل من سبعة واربعين يوما لانه يثبت احد عشر يوما نفاسا
وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا
فذلك سبعة واربعون وقال محمد لا تصدق في اقل من ستة وثلاثين
يوما وساعة لانه يثبت ساعة نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا
وخمسة عشر طهرا فذلك ستة وثلاثون يوما وساعة والله اعلم واما الفعل
فنحو ان تتزوج بزوج اخر بعد ما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة حتى

لو قالت لم تنقض عدتي لا تصدق لا في حق الزوج الاول ولا في حق الزوج الثاني
ونكاح الزوج الثاني جائز لان اقدامها على التزوج بعد مضي مدة يحتمل في مثلها
الانقضاء دليل الانقضاء والله الموفق ‌فصل واما بيان انتقال العدة وتغيرها
اما انتقال العدة فضربان احدهما انتقالها من الاشهر الى الاقراء والثاني
انتقالها من الاقراء الى الاشهر اما الاول فنحو الصغيرة اعتدت ببعض الاشهر ثم
رات الدم تنتقل عدتها من الاشهر الى الاقراء لان الاشهر في حق الصغيرة بدل
عن الاقراء وقد ثبتت القدرة على المبدل والقدرة على المبدل قبل حصول المقصود
بالبدل يبطل حكم البدل كالقدرة على الوضوء في حق المتيمم ونحو ذلك فبطل
حكم الاشهر فانتقلت عدتها الى الحيض وكذا الايسة اذا اعتدت
ببعض الاشهر ثم رات الدم تنتقل عدتها الى الحيض كذا ذكر الكرخي وذكر
القدوري ان ما ذكره ابو الحسن ظاهر على الرواية التي لم يقدروا للايسة تقديرا
بل هو على غالب ظنها انها ايسة لانها لما رات الدم علم انها لم تكن ايسة وانها
اخطات في الظن فلا تعتد بالاشهر في حقها لما ذكرنا انها بدل فلا يعتبر
مع وجود الاصل واما على الرواية التي وقتوا للاياس وقتا اذا بلغت ذلك
الوقت ثم رات الدم بعده لم يكن ذلك الدم حيضا كالدم الذي تراه الصغيرة
التي لا يحيض مثلها وكذا ذكر الجصاص ان ذلك في التي ظنت انها ايسة فاما
الايسة فما ترى من الدم لا يكون حيضا الا ترى ان وجود الحيض منها كان
معجزة نبي من الانبياء صلوات الله عليهم فلا يجوز ان يوجد الا على وجه المعجزة
كذا علل الجصاص واما الثاني وهو انتقال العدة من الاقراء الى الاشهر فنحو ذات
القرء اعتدت بحيضة او حيضتين ثم ايست تنتقل عدتها من الحيض الى
الاشهر فتستقبل العدة بالاشهر لانها لما ايست فقد صارت عدتها
بالاشهر بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر والاشهر بدل عن الحيض فلو لم تستقبل وبنت على الاول
لصار الشيء الواحد اصلا وبدلا وهذا لا يجوز فان قيل اليس ان من شرع في الصلاة
بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماء له ان يتيمم ويبني على صلاته وهذا
جمع بين البدل والمبدل في صلاة واحدة فهلا جاز ذلك في العدة
فالجواب ان الممتنع كون الشيء الواحد اصلا وبدلا وههنا كذلك لان العدة
شيء واحد وفصل الصلاة ليس من هذا القبيل لان ذا جمع بين البدل والمبدل
في شيء واحد وذلك غير ممتنع فان الانسان قد يصلي بعض صلاته قائما بركوع

وسجود

وسجود وبعضها بالايماء ويكون جمعا بين البدل والمبدل في صلاة واحدة والله اعلم
ومن هذا القبيل اذا طلق امراته ثم مات فان كان الطلاق رجعيا انتقلت عدتها
الى عدة الوفاة سواء طلقها في حالة المرض او في حالة الصحة وانهدمت عدة الطلاق
وعليها ان تستانف عدة الوفاة في قولهم جميعا لانها زوجته بعد الطلاق اذ
الطلاق الرجعي لا يوجب زوال الزوجية وموت الزوج يوجب على زوجته
عدة الوفاة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا كما لو مات قبل الطلاق وان كان بائنا او ثلاثا فان لم ترث
بان طلقها في حالة الصحة لا تنتقل عدتها لان الله تعالى اوجب عدة الوفاة على
الزوجات بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا وقد زالت الزوجية بالابانة والثلاث فتعذر ايجاب
عدة الوفاة فبقيت عدة الطلاق على حالها وان ورثت بان طلقها في حالة المرض
ثم مات قبل ان تنقضي عدتها فورثت اعتدت باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث
حيض حتى انها لو لم ترى في مدة الاربعة الاشهر والعشر ثلاث حيض تستكمل
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وكذلك كل معتدة ورثت كذا ذكر الكرخي وعني
بذلك امراة المرتد روايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ليس عليها الا ثلاث
حيض وجه قوله ما ذكرنا ان الشرع انما اوجب عدة الوفاة على الزوجات
وقد بطلت الزوجية بالطلاق البائن الا انا ابقيناها في حق الارث خاصة لتهمة
الفرار فمن ادعى بقاءها في حق وجوب عدة الوفاة فعليه الدليل ولهما ان
النكاح لما بقي في حق الارث لان يبقى في حق وجوب العدة اولى لان العدة
يحتاط في ايجابها وكان قيام النكاح من وجه كافيا لوجوب العدة احتياطا
فيجب عليها الاعتداد باربعة اشهر وعشرا فيها ثلاث حيض ولو حملت
المعتدة في عدتها ذكر الكرخي ان من حملت في عدتها فالعدة ان تضع حملها
ولم يفصل بين المعتدة عن طلاق او وفاة وقد فصل محمد رحمه الله بينهما فانه
قال فيمن مات عن امراته وهو صغير او كبير ثم حملت بعد موته فعدتها الشهور
فهذا نص على ان عدة المتوفى عنها زوجها لا تنتقل بوجود الحمل من الاشهر
الى وضع الحمل قال وان كانت في عدة الطلاق فحملت بعد الطلاق وعلم ذلك
فعدتها ان تضع حملها وجه ما ذكره الكرخي ان وضع الحمل اصل العدد لان
العدة وضعت لاستبراء الرحم ولا شيء ادل على براءة الرحم من وضع الحمل والصحيح
ما ذكره محمد رحمه الله ان عدة المتوفى عنها زوجها لا تتغير بوجود الحمل بعد

الوفاة ولا تنتقل من الاشهر الى وضع الحمل بخلاف عدة الطلاق ووجه الفرق
بين العدتين ان عدة الوفاة انما وجبت لاستبرا الرحم بدليل انها تتادي بالاشهر
مع وجود الحيض ولا تجب قبل الدخول وانما وجبت لاظهار التاسف
على فوت نعمة النكاح وكان الاصل في هذه العدة هو الاشهر الا اذا كانت
حاملا وقت الوفاة فتتعلق بوضع الحمل فاذا كانت حايلا بقيت على حكم
الاصل فلا تتغير بوجود الحمل فلا تنتقل بخلاف عدة الطلاق فان
المقصود الاستبرا ووضع الحمل اصل في الاستبرا فاذا قدرت عليه سقط
ما سواه او يحمل على ما ذكره الكرخي على الخصوص وهي التي حبلت في عدة الطلاق
وذكر العام على ارادة الخاص متعارف وقال محمد رحمه الله في عدة الطلاق
انها اذا حبلت فان لم يعلم انها حبلت بعد الطلاق ثم جات بولد لاكثر من سنتين فقد
حكمنا بانقضا عدتها قبل الوضع بستة اشهر حملا لامرها على الصلاح
اذ الظاهر من حال المسلمة ان لا تتزوج في عدتها فيحكم بانقضا عدتها قبل
التزوج والله الموفق **فصل** واما تغير العدة فنحو الامة اذا طلقت
ثم اعتقت فان كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى عدة الحراير لان الطلاق
الرجعي لا يزيل الزوجية فهذه حرة وجبت عليها العدة وهي زوجة فتعتد
عدة الحراير كما اذا اعتقها المولى ثم طلقها الزوج وان كان باينا لا تتغير
عندنا وعند الشافعي تتغير فيهما جميعا وجه قوله ان الاصل في العدة
هو الكمال وانما النقصان بعارض الرق فاذا اعتقت فقد زال العارض
وامكن تكميلها فتكمل ولنا ان الطلاق اوجب عليها عدة الاما لانه صادفها
وهي امة والاعتاق وجد وهي باينة فلا يتغير الواجب بعد البينونة كعدة
الوفاة بخلاف الطلاق الرجعي لانه لا يوجب زوال الملك فوجد الاعتاق
وهي زوجته فوجبت عليها العدة وهي حرة فتعتد عدة الحراير وهذا بخلاف
الايلا بان كانت الزوجة مملوكة وقت الايلا ثم اعتقت انتقلت مدتها الى
مدة الحراير وان كان الايلا طلاقا باينا وقد سوى بينه وبين الرجعي في هذا
الحكم وانما كان كذلك لان البينونة في الايلا لا تثبت للحال وانما تثبت بعد
انقضا المدة فكانت الزوجية قايمة للحال فاشبه الطلاق الرجعي بان
طلقها الزوج رجعيا ثم اعتقها المولى وهناك تنتقل عدتها الى عدة الحراير
فكذا مدتها هنا بخلاف الطلاق الباين فانه يوجب زوال الملك للحال وقد
وجبت عدة الاما بالطلاق فلا تتغير بعد البينونة بالعتق المطلقة

بهامش: [illegible] ... والله الموفق

طلاقا

طلاقا رجعيا اذا راجعها الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها فان اصحابنا عليها عدة
مستانفة وقال الشافعي في احد قوليه انها تكمل العدة وجه قوله انها تعتد
عن الطلاق الاول لا عن الطلاق الثاني لان الطلاق الثاني طلاق قبل الدخول فلا
يوجب العدة ولنا ان الطلاق الثاني طلاق بعد الدخول لان الرجعة ليست
بانشا النكاح بل هي فسخ الطلاق ومنعه عن العمل بثبوت البينونة بانقضا
العدة وكانت مطلقة بالطلاق الثاني بعد الدخول فتدخل تحت قوله
تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولو زوج ام ولده ثم
مات عنها وهي تحت زوج او في عدة من زوج فلا عدة عليها بموت المولى
لان العدة انما تجب عليها بموت المولى لزوال الفراش فاذا كانت تحت زوج
او في عدة من زوج لم تكن فراشا لقيام فراش الزوج فلا تجب عليها العدة فان
اعتقها المولى ثم طلقها الزوج فعليها عدة الحراير ولو طلقها الزوج اولا
ثم اعتقها المولى فان كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى عدة الحراير وان
كان باينا لا تتغير لما ذكرنا فيما تقدم فان انقضت عدتها ثم مات المولى فعليها
بموت المولى ثلاث حيض لانه لما انقضت عدتها من الزوج فقد عاد
فراش المولى ثم زال بالموت فتجب العدة لزوال الفراش كما اذا مات قبل ان
يزوجها فان مات المولى والزوج فالامر لا يخلو اما ان علم ايهما مات اولا
واما ان لم يعلم فان علم ان الزوج مات اولا وعلم ان بين موتيهما اكثر من شهرين
وخمسة ايام فعليها شهران وخمسة ايام او ثلاث حيض لانه مات بعد انقضا
عدتها من الوفاة فعليها العدة من المولى وذلك ثلاث حيض وان كان بين
موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام فكذلك عليها شهران وخمسة ايام مدة
عدة وفاة الزوج فاذا مات المولى لا شي عليها بموته لانه مات وهي في عدة
الزوج وان علم ان المولى مات اولا فلا عدة عليها من المولى لانها تحت زوج فلم
تكن فراشا للمولى فاذا مات الزوج فعليها اربعة اشهر وعشر عدة الوفاة
من الزوج لانها عتقت لموت المولى وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر
~~وان لم يعلم ايهما مات اولا فان علم ان بين موتيهما اكثر من شهرين وخمسة ايام~~
~~فعليها اربعة اشهر وعشر~~ وان لم يعلم ايهما مات اولا فيها ثلاث حيض
وتفسيره انها اذا لم تر ثلاث حيض في هذه الاربعة اشهر والعشر تستكمل
بعد ذلك لانه ان مات الزوج اولا فقد وجب عليها شهران وخمسة ايام لانها
امة وعدة الامة من زوجها المتوفى هذا القدر ثم مات المولى بعد انقضا عدتها

لان اعتاق المولى صادفها
وهي فراش الزوج فلم تجب من المولى
العدة عليها وطلاق
الزوج صادفها وهي
حرة فعليها عدة
الحراير صح

واما ان لم يعلم [illegible]

مدة عدة الامة في وفاة
الزوج فاذا مات المولى
فعليها ما [illegible]

فان علم ان بين موتيهما اكثر
من شهرين وخمسة ايام
فعليها اربعة اشهر
وعشر صح

فوجب عليها ثلاث حيض عدة المولى وان مات المولى اولا فقد عتقت بموته ولا
عدة عليها منه لانها ليست فراشا له وعدة ام الولد من مولاها تجب بزوال
الفراش فلما مات الزوج بعد المولى فقد مات الزوج وهي حرة فوجب
عليها عدة الحرائر في الوفاة اربعة اشهر وعشرا فاذا في حال تجب عليها
شهران وخمسة ايام وثلاث حيض وفي حال تجب اربعة اشهر وعشرا
والشهران يدخلان في الشهور فيجب عليها اربعة اشهر وعشرا فيها
ثلاث حيض على التفسير الذي ذكرنا احتياطا وان علم ان بين موتيهما اقل من
شهرين وخمسة ايام فعليها اربعة اشهر وعشرا في قولهم جميعا لانه لا
حالة هاهنا لوجوب الحيض لانه ان مات المولى اولا لم تجب بموته شي لانها
تحت زوج فاذا مات الزوج وجب عليها اربعة اشهر وعشرا لانها عتقت
بموت المولى وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرا وان مات الزوج
اولا وجب عليها شهران وخمسة ايام لانها امة فاذا مات المولى بعد لا يجب
عليها شي بموته لانه مات وهي في عدة الزوج فلم تكن فراشا له فاذا في حال
تجب عليها اربعة اشهر وعشرا فقط وفي حال شهران وخمسة ايام فقط
فاوجبنا الاعتداد باكثر المدتين احتياطا اما اذا لم يعلم من مات اولا ولم يعلم
ايضا كم بين موتيهما فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة رحمه الله عليها اربعة
اشهر وعشرا لا حيض فيها وقال ابو يوسف ومحمد عليها اربعة اشهر
وعشرا فيها ثلاث حيض وجه قولهما انه يحتمل ان الزوج مات اولا
وانقضت العدة ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث
حيض ويحتمل ان يكون المولى مات اولا فعتقت بموته ثم مات الزوج فيجب
اربعة اشهر وعشرا فيجب فيه الاحتياط فيجمع بين الاشهر والحيض
ولابي حنيفة قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فلا تجوز الزيادة عليه الا بدليل ولان الاصل
في كل امرين حادثين لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما معا كالغرقى
والحرقى والهدمى واذا حكم بموت الزوج مع موت المولى فقد وجبت
عليها العدة وهي حرة فكانت عدة الحرائر فلم يكن لايجاب الحيض حال فلا
يمكن ايجابها والله اعلم وعلى هذا الاصل قال ابو يوسف اذا تزوجت ام الولد
بغير اذن مولاها ودخل بها الزوج ~~ثم مات الزوج~~ ثم مات الزوج والمولى ولا
يعلم ايهما مات اولا ولا كم بين موتيهما فعليها حيضتان في قياس قول ابي حنيفة

وهذا تقدير لعدة الوفاة اربعة اشهر وعشرا

لانه

لانه يحكم بموتهما معا وفي قول ابي يوسف يجب عليها ثلاث حيض في اربعة اشهر
وعشرا بناء على اصله في اعتبار الاحتياط لانه يحتمل ان يكون المولى مات اولا فنفذ
النكاح بموته لانها عتقت فجاز النكاح بعتقها ثم مات الزوج وهي حرة فوجب
عليها اربعة اشهر وعشرا ويحتمل انه مات الزوج اولا وانقضت العدة ثم
مات المولى بعد انقضاء العدة فعليها عدة المولى ثلاث حيض فوجب عليها
اربعة اشهر وعشرا فيها ثلاث حيض احتياطا وان علم ان بين موتيهما ما لا تحيض فيه
حيضتين فعليها اربعة اشهر وعشرا فيها حيضتان لان عدة المولى قد
سقطت سوا مات اولا او اخرا اذا كان بين موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين
ووقع التردد في عدة الزوج لانه ان مات المولى اولا فعتقت نفذ نكاحها
بعتقها فوجب عليها عدة الحرائر بالوفاة وان مات الزوج اولا وجب عليها
حيضتان فيجمع بينهما احتياطا ولو حاضت حيضتين بين موتيهما فعدتها
اربعة اشهر وعشرا فيها ثلاث حيض لانه ان مات المولى اولا فعتقت
نفذ نكاحها فلما مات الزوج وجبت عليها الشهور وان مات الزوج اولا ثم
مات المولى بعد انقضا العدة يجب عليها ثلاث حيض فيجمع بين الشهور
والحيض احتياطا ولو اشترى الرجل زوجته وله منها ولد فاعتقها فعليها
ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة وحيضة من
العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فقد فسد نكاحها ووجبت عليها العدة
فقد صارت معتدة في حق غيره وان لم تكن معتدة في حقه بدليل انه لا يجوز ان
يزوجها فاذا اعتقها صارت معتدة في حقه وحق غيره لان المانع من كونها
معتدة في حقه هو اباحة وطيها وقد زال ذلك بزوال ملك اليمين فزال
المانع فظهر حكم العدة في حقه ايضا فتجب عليها حيضتان من فساد النكاح وهما
معتبران من العتاق ايضا وعدة النكاح يجب فيها الاحداد واما الحيضة الثالثة
فانما تجب من العتق خاصة وعدة العتق لا احداد فيها فان كان طلقها قبل ان
يشتريها تطليقة واحدة بائنة ثم اشتراها حل له وطيها وكان لها ان تتزين
لان ملك اليمين سبب لحل الوطي في الاصل الا المانع وما هو لا يصلح مانعا لوطيه
فصار كما لو جدد النكاح واذا حل له وطيها سقط عنها الاحداد فان حاضت
ثلاث حيض قبل العتق ثم اعتقها فلا عدة عليها من النكاح وتعتد من
العتق ثلاث حيض لانها وان لم تكن معتدة في حقه بعد الشرا فهي معتدة
في حق غيره بدليل انه لا يجوز له ان يزوجها فاذا امضت الحيض بعد وجوب العدة

بوجه من الوجوه تعتد بها فاذا اعتقها وجب عليها بالعتق عدة اخرى وهي عدة
ام الولد ثلاث حيض واذا اشترى المكاتب زوجته ثم مات وترك وفا فاذن
المكاتبة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل ووجب عليها العدة من فساد
النكاح حيضتان اذا كانت لم تلد منه وقد دخل بها اما فساد النكاح قبل
موته بلا فصل فلان المكاتب اذا مات وترك وفا فادى يحكم بعتقه في اخر
جزء من اجزاء حياته واذا عتق ملكها الان فيفسد نكاحها واما وجوب العدة
عليها حيضتان فلانها بانت وهي امة فان كانت ولدت فعليها تمام ثلاث
حيض لانها ام ولد فيجب عليها حيضتان بالنكاح والعتق وحيضة بالعتق
خاصة فان لم يترك وفا ولم تلد منه فعليها شهران وخمسة ايام دخل بها
او لم يدخل بها اذا لم تكن ولدت منه لانه لما مات عاجزا لم يفسد نكاحها
لانه مات عبدا فلم يملكها فمات عن منكوحة وهي زوجة امة فيجب عليها
شهران وخمسة ايام عدة الامة في الوفاة ويستوي فيه الدخول وعدم الدخول
لان العدة عدة الوفاة فان كانت ولدت منه سعت وسعى ولدها على
نجومه فان عجزا فعدتها شهران وخمسة ايام لما بينا فان اديا عتقا وعتق
المكاتب فان كان الادا في العدة فعليها ثلاث حيض مستانفة من يوم عتقا
تستكمل فيها شهرين وخمسة ايام من يوم مات المكاتب لان الاصل ان
المكاتب اذا ترك ولدا ولم يترك وفا فاكتسب الولد وادى يحكم بعتق المكاتب
في الحال ويستند الى ما قبل الموت من طريق الحكم لانه اذا لم يترك وفا فقد
مات عاجزا في الظاهر فلم يحكم بعتقه قبل موته مع العجز وانما يحكم عند
الادا فيحكم بعتقه للحال ثم يستند فيعتق بعتقه ويجب عليها الحيض
بعد العتق بخلاف ما اذا ترك وفا لانه اذا كان له مال فالدين وهو بدل
الكتابة ينتقل من ذمته الى المال فيمنع ظهور العجز فاذا ادى يحكم بسقوط
دين الكتابة عنه وسلامته للمولى في اخر جزء من اجزاء حياته فيعتق في
ذلك الوقت وعند زفر في الفصلين جميعا يحكم بعتقه قبل الموت وجعل
الولد اذا ادى كالكسب اذا ادى عنه والمسألة تعرف في موضع اخر فان
اديا فعتقا بعدما انقضت العدة بالشهرين والخمسة الايام فعليها ثلاث
حيض مستقبلة لانه عدة الوفاة لما انقضت تجدد وجوب عدة اخرى
بالعتق وكان عليها ان تعتد بها وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله
اذا اشترى المكاتب امراته وولد منها ومات وترك وفا من ديونه او مال

فعدتها ثلاث حيض في شهرين وخمسة ايام لاني لا اعلم يؤدي المال فيحكم بعتقه
او يتوى فيحكم بعجزه فوجب الجمع بين العدتين ولو تزوج المكاتب بنت مولاه
ثم مات المولى ومات المكاتب وترك وفا فعليها اربعة اشهر وعشر دخل
بها او لم يدخل لان النكاح لا يفسد عندنا بموت المولى فاذا مات المكاتب عن
منكوحته الحرة وجب عليها عدة الحراير وان لم يترك وفا فعليها ثلاث حيض
ان كان قد دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها لانه مات عاجزا فملكته
قبل موته وانفسخ النكاح ووجبت عليها العدة بالفرقة في حال الحياة ان كان
دخل بها والا فلا **فصل** واما احكام العدة فمنها انه لا يجوز للاجنبي نكاح
المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله قيل اي لا
تعزموا على عقدة النكاح وقيل لا تعقدوا عقدة النكاح حتى ينقضي ما كتب عليها من
العدة ولان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه وبعد البائن والثلاث
قائم من وجه حال قيام العدة لقيام اثاره والثابت من وجه كالثابت من كل
وجه في باب الحرمات احتياطا ويجوز لصاحب العدة ان يتزوجها لان النهي عن التزوج
للاجانب لا للازواج لان عدة الطلاق انما لزمتها حقا للزوج لكونها باقية
على حكم نكاحه من وجه فانما يظهر في حق التحريم على الاجنبي لا على الزوج اذ لا
يجوز ان يمنع حقه ومنها انه لا يجوز للاجنبي خطبة المعتدة صريحا سوا
كانت مطلقة او متوفا عنها زوجها اما المطلقة طلاقا رجعيا فلانها زوجة
المطلق لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يجوز خطبتها كما لا يجوز قبل الطلاق
واما المطلقة ثلاثا او باينا والمتوفى عنها زوجها فلان النكاح حال قيام العدة
قائم من وجه لقيام بعض اثاره فيكون كالثابت من كل وجه في باب الحرمة
ولان التصريح بالخطبة حال قيام النكاح من وجه وقوف موقف التهمة
ورتع حول الحمى وقال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الاخر
فلا يقفن مواقف التهم وقال ومن رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فلا
يجوز التصريح بالخطبة اصلا واما التعريض بها فلا يجوز ايضا في عدة
الطلاق ولا باس به في عدة الوفاة والفرق بينهما من وجهين احدهما انه لا يجوز
للمعتدة من طلاق الخروج من منزلها اصلا لا بالليل ولا بالنهار فلا يمكن التعريض
على وجه لا يقف عليه الناس والاظهار بذلك في الخصوم الى بيت زوجها قبيح واما
المتوفى عنها زوجها فيباح لها الخروج نهارا فيمكن التعريض على وجه لا يقف
عليه سواهما والثاني ان تعريض المطلقة في اكتساب عداوة وبغض بينها وبين

قدم

زوجها اذ العدة من حقه بدليل انه اذا لم يدخل بها لا تجب العدة ومعنى العداوة
لا تتصور بينه وبين الميت ولا بينها وبين ورثته ايضا لان العدة في المتوفى عنها
زوجها لبيت لحق الزوج بدليل انها تجب قبل الدخول بها فلا يكون التعريض
في هذه العدة تسببا الى العداوة والبغض بينه وبين ورثة المتوفى فلم يكن
به باس والاصل في جواز التعريض في عدة الوفاة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما
عرضتم به من خطبة النسا واختلف اهل التاويل في التعريض انه ما هو قال
بعضهم هو ان يقول لها انك لجميلة او اني فيك لراغب او انك تعجبيني او اني
لارجو ان نجتمع او ما جاوزك الى غيرك او انك لنافعة وهذا غير سديد ولا
يحل لاحد ان يشافه امراة اجنبية لا يحل له نكاحها للحال بمثل هذه الكلمات
لان بعضها صريح في الخطبة وبعضها صريح في اظهار الرغبة فلا يجوز شي
من ذلك وانما المحض هو التعريض وهو ان يري من نفسه الرغبة في
نكاحها بدلالة من الكلام من غير تصريح منه اذ التصريح في اللغة هو
تضمن الكلام من الدلالة على شي من غير التصريح بالقول على ما ذكر في الخبر
ان فاطمة بنت قيس لما استشارت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي معتدة
فقال لها اذا انقضت عدتك فاذنيني فاستاذنته في رجلين كانا خطباها
فقال لها اما فلان فانه لا يرفع العصا عن عاتقه واما فلان فانه صعلوك
لا شي له فهل لك في اسامة بن زيد فكان قوله فاذنيني كناية خطاب
الى ان اشار الى اسامة بن زيد وصرح به وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه
قال التعريض بالخطبة ان يقول اني اريد ان اتزوج امراة من امرها كذا ومن
امرها كذا يعرض لها بالقول والله اعلم ومنها حرمة الخروج من البيت لبعض
المعتدات دون بعض وجملة الكلام في الحكم ان المعتدة لا تخلو اما ان تكون
معتدة عن نكاح صحيح واما ان تكون معتدة من نكاح فاسد ولا تخلو اما
اما ان تكون حرة واما ان تكون امة بالغة او صغيرة عاقلة او مجنونة مسلمة
او كتابية مطلقة او متوفى عنها زوجها والحال حال الاختيار او حال
الاضطرار فان كانت معتدة من نكاح صحيح مطلقة حرة عاقلة بالغة
مسلمة فانها لا تخرج ليلا ولا نهارا سوا كان الطلاق بائنا او رجعيا اما في الطلاق
الرجعي فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة
مبينة قيل في التاويل قوله تعالى الا ان ياتين بفاحشة مبينة الا ان تزني فتخرج
لاقامة الحد عليها وقيل الفاحشة هي الخروج نفسها اي الا ان يخرجن فيكون

خروجهن

خروجهن فاحشة نهى الله تعالى الازواج عن الاخراج والمعتدات عن الخروج
وقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم والامر بالاسكان نهي عن الاخراج والخروج
ولانها زوجته بعد الطلاق الرجعي لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يباح
لها الخروج كما قبل الطلاق الا ان بعد الطلاق لا يباح لها الخروج وان اذن لها
بالخروج بخلاف ما قبل الطلاق لان حرمة الخروج بعد الطلاق لمكان العدة
وفي العدة حق الله تعالى فلا يملك ابطاله بخلاف ما قبل الطلاق لان الحرمة ثمة
لحق الزوج خاصة فيملك ابطال حق نفسه بالاذن بالخروج ولان الزوج يحتاج الى
تحصين مايه والمنع من الخروج طريق تحصين الماء لان الخروج يريب الزوج انه
وطيها غيره فيشتبه النسب اذا حبلت واما في الطلاق الثلاث والباين
فلعموم النهي ومساس الحاجة الى تحصين الماء على ما بينا واما المتوفى عنها
زوجها فلا تخرج ليلا ولا باس بان تخرج بالنهار في حوايجها لانها تحتاج الى
الخروج بالنهار لاكتساب المعيشة لانه لا نفقة لها من الزوج المتوفى بل نفقتها
عليها فتحتاج الى الخروج لتحصيل النفقة ولا تخرج بالليل لعدم الحاجة الى
الخروج بالليل بخلاف المطلقة فان نفقتها على الزوج فلا تحتاج الى الخروج حتى
لو اختلعت بنفقة عدتها بعض مشايخنا قال لا يباح لها الخروج بالنهار للاكتساب
لانها بمعنى المتوفى عنها زوجها وبعضهم قالوا لا يباح لها لانها هي التي ابطلت النفقة
باختيارها والنفقة حق لها فتقدر على ابطالها فاما لزوم البيت فحق عليها
فلا تملك ابطاله واذا خرجت بالنهار في حوايجها لا تبيت عن منزلها الذي تعتد
فيه والاصل فيه ما روي ان فريعة اخت ابي سعيد الخدري رضي الله عنه لما
قتل زوجها اتت النبي صلى الله عليه وسلم فاستاذنته في الخروج الى بني خدرة
فقال لها امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وفي رواية استاذنت
اذن لها ثم دعاها فقال لها اعيدي المسالة فاعادت فقال لها امكثي في بيتك
حتى يبلغ الكتاب اجله فافاد الحديث حكمين اباحة الخروج بالنهار وحرمة
الانتقال حيث لم ينكر خروجها ومنعها من الانتقال فدل على جواز الخروج
بالنهار من غير انتقال وروي علقمة ان نسوة من همدان نعي اليهن
ازواجهن فسالن ابن مسعود رضي الله عنه فقلن انا نستوحش فامرهن
ان يجتمعن بالنهار فاذا كان الليل فلترح كل امراة الى بيتها وروي عن محمد
رحمه الله انه لا باس ان تنام عن بيتها اقل من نصف الليل لان البيتوتة في
العرف عبارة عن الكون في البيت اكثر الليل فما دونه لا يسمى بيتوتة في



العرف ومنزلها التي تومر بالكون فيه للاعتداد هو الموضع الذي كانت تسكنه
قبل مفارقة زوجها وقبل موته سوا كان الزوج ساكنا فيه او لم يكن لان الله تعالي
اضاف البيت اليها بقوله لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو
الذي تسكنه ولهذا قال اصحابنا رحمهم الله انها اذا زارت اهلها فطلقها زوجها
كان عليها ان تعود الي منزلها الذي كانت تسكن فيه فتعتد فيه لان ذلك الموضع
هو الذي يضاف اليها وان كانت في غيره وهذا في حالة الاختيار فاما في حالة
الضرورة بان اضطرت الي الخروج بان خافت سقوط منزلها او خافت علي متاعها
او كان المنزل باجرة ولا تجد ما تودي به في اجرته في عدة الوفاة فلا باس عند
ذلك ان تنتقل وان كانت تقدر علي الاجرة لا تنتقل وان كان المنزل لزوجها وقد
مات عنها فلها ان تسكن في نصيبها ان كان ما يصيبها من ذلك مما تكتفي به
وتستتر عن ساير الورثة ممن ليس بمحرم لها وان كان ما يصيبها لا يكفيها او
خافت علي متاعها منهم فلا باس ان تنتقل وانما كان كذلك لان السكني وجبت
بطريق العبادة حقا لله تعالي عليها والعبادات تسقط بالاعذار وقد روي انه
لما قتل عمر رضي الله عنه نقل علي ام كلثوم لانها كانت في دار الاجارة وروي ان عايشة
نقلت اختها ام كلثوم بنت ابي بكر لما قتل طلحة رضي الله عنهم فدل ذلك علي جواز
الانتقال للعذر واذا كانت تقدر علي اجرة المنزل في عدة الوفاة فلا عذر فلا
تسقط عنها العبادة كالمتيمم اذا قدر علي شرا الما فان وجد ثمنه وجب عليه
الشرا وان لم يقدر لا يجب لعذر العدم كذلك هاهنا واذا انتقلت لعذر يكون
سكناها في البيت الذي انتقلت اليه بمنزلة كونها في المنزل الذي انتقلت منه في
حرمة الخروج عنه لان الانتقال من الاول اليه كان لعذر فصار المنزل الذي
انتقلت اليه كانه منزلها من الاصل فلزمها المقام حتي تنقضي العدة وكذا
ليس للمعتدة من طلاق ثلاث او باين ان تخرج من منزلها الذي تعتد منه الي
سفر اذا كانت معتدة من نكاح صحيح وهي علي الصفات التي ذكرناها فلا
يجوز للزوج ان يسافر بها لقوله تعالي لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وقوله
هن كناية عن المعتدات ولان الزوجية قد زالت بالثلاث والباين فلا يجوز له
المسافرة بها وكذا المعتدة من طلاق رجعي ليس لها ان تخرج الي سفر سوا كان سفر
حج فريضة او غير ذلك لا مع زوجها ولا مع محرم غيره حتي تنقضي عدتها او
يراجعها العموم قوله تعالي لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن من غير فصل بين خروج
وخروج ولما ذكرنا ان الزوجية قايمة لان ملك النكاح قايم فلا يباح لها الخروج

ولان

ولان العدة لما منعت من اصل الخروج فلان تمنع من خروج مديد وهو الخروج الي
السفر اولي وانما استوي فيه سفر الحج وغيره وان كان حج الاسلام فرضا لان
المقام في منزلها واجب لا يمكن تداركه بعد انقضا العدة بخلاف الحج لان جميع العمر
وقته فكان تقديم واجب لا يمكن تداركه بعد الفوت جمعا بين الواجبين فكان
اولي وليس لزوجها ان يسافر بها عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر له ذلك
فاختلف مشايخنا في تخريج قول زفر قال بعضهم انما قال ذلك لانه قد ثبت من
اصل اصحابنا ان الطلاق الرجعي عدم في حق الحكم قبل انقضا العدة وكان الحال
قبل الرجعة وبعدها سوا وقال بعضهم انما قال ذلك لان المسافرة بها رجعة
عنده دلالة ووجهه ان اخراج المعتدة من بيت العدة حرام فلو لم يكن من قصده
الرجعة لم يسافر بها ظاهرا تحرزا عن الحرام فيجعل المسافرة بها رجعة دلالة حملا
للامر علي الصلاح صيانة له عن ارتكاب الحرام ولهذا جعلنا القبلة واللمس عن شهوة
رجعة كذا هذا ولنا قوله تعالي لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين
بفاحشة مبينة نهي الازواج عن الاخراج والنسا عن الخروج وبه تبين فساد
التخريج الاول لان نص كتاب الله يقتضي حرمة اخراج المعتدة وان كان ملك
النكاح قايما في الطلاق الرجعي فيترك القياس في مقابلة النص واليه اشار ابو
حنيفة رحمه الله فيما روي عنه انه قال لا يسافر بها ليس لانه من قبل انه زوج بل
هو زوج وهو بمنزلة المحرم لكن الله تعالي قال لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن
واما التخريج الثاني وهو قولهم ان مسافرة الزوج بها دلالة الرجعة فممنوع
وما ذكروا ان الظاهر انه يريد الرجعة تحرزا عن الحرام فذلك فيما كان النهي
والتحريم ظاهرا فاما فيما كان خفيا فلا وحرمة اخراج المعتدة عن طلاق رجعي
مع قيام ملك النكاح من كل وجه مما يخفي علي الفقها فضلا عن العوام فلا
يثبت الامتناع عنه من طريق الدلالة مع ما ان الخلاف ثابت فيما اذا كان
الزوج يقول انه لا يراجعها نصا ولا معتبر بالدلالة مع النص بخلافها واذا لم تكن
المسافرة بها دلالة الرجعة فلو اخرجها لاخرجها مع قيام العدة وهذا حرام
بالنص وقد قالوا فيمن خرجت فطلقها الزوج وبينها وبين مصرها اقل
من ثلاثة ايام وتصير بمنزلة المحصر لانها صارت ممنوعة عن المضي في
حجها لمكان العدة فاما اذا راجعها الزوج فقد بطلت العدة وعادت الزوجية
فجاز السفر بها ويستوي الجواب في حرمة الخروج والاخراج الي السفر وما
دون ذلك لعموم النهي الا ان النهي عن الخروج والاخراج الي ما دون السفر اخف

لخفة الخروج والاخراج في نفسه واذا خرج الرجل مع امراته مسافرا وطلقها في
بعض الطريق اومات عنها فان كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه اقل
من ثلاثة ايام وبينها وبين مقصدها ثلاثة ايام فصاعدا رجعت الي مصرها
لانها لو مضت لاحتاجت الي انشا سفر وهي معتدة ولو رجعت ما احتاجت الي
ذلك فكان الرجوع اولي كما اذا طلقت في المصر خارج بيتها انها تعود الي بيتها
كذا هذا وان كان بينها وبين مصرها ثلاثة ايام فصاعدا وبينها وبين مقصدها
اقل من ثلاثة ايام فانها تمضي لانه ليس في المضي انشا سفر وفي الرجوع انشا سفر
والمعتدة ممنوعة عن السفر وسوا كان الطلاق في موضع لا يصلح للاقامة
كالمفازة ونحوها او موضع يصلح لها كالمصر ونحوه وان كان بينها وبين مصرها
ثلاثة ايام وبينها وبين مقصدها ثلاثة ايام فصاعدا فان كان الطلاق
في المفازة او في موضع لا يصلح للاقامة بان خافت علي نفسها او متاعها فهي
بالخيار ان شات مضت وان شات رجعت لانه ليس احدهما باولي من الاخر
سوا كان معها محرم اولم يكن فاذا مضت او عادت فبلغت ادني المواضع
الذي يصلح للاقامة في مضيها او رجوعها اقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما
بلا خلاف وان وجدت فكذلك عند ابي حنيفة لانه لو وجد الطلاق فيه
ابتدا كان لا يجوز لها ان تتجاوز عنه وان وجدت محرما فكذا اذا وصلت اليه
وان كان الطلاق في المصر او في موضع لا يصلح للاقامة اختلف فيه قال ابو حنيفة
تقر فيه حتي تنقضي عدتها ولا تخرج بعد انقضا عدتها الا مع محرم حجا كان
او غيره وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معها محرم مضت علي سفرها وجه
قولهما ان حرمة الخروج ليست لاجل العدة بل لمكان السفر بدليل انه يباح
لها الخروج اذا لم يكن بين مقصدها ومنزلها ثلاثة ايام ومعلوم ان الحرمة الثابتة
للعدة لا تختلف في السفر وغير السفر واذا كانت الحرمة لمكان السفر تسقط
بوجود المحرم ولابي حنيفة ان العدة مانعة من الخروج والسفر في الاصل الا
ان الخروج الي ما دون السفر ههنا سقط اعتباره لانه ليس بخروج مبتدا بل هو
مضي علي الخروج الاول فلا يكون له حكم نفسه بخلاف الخروج من بيت الزوج
لانه خروج مبتدا فاذا كان من الجانبين جميعا مسيرة سفر كانت منشية
للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم وما حرم لاجل العدة لا يسقط بوجود
المحرم واما المعتدة في النكاح الفاسد فلها ان تخرج لان احكام العدة مرتبة علي
النكاح بل هي احكام النكاح السابق في الحقيقة بقيت بعد الطلاق والوفاة والنكاح

الفاسد لا يفيد المنع من الخروج فكذا العدة الا اذا منعها الزوج لتحصين مائه فله
ذلك واما الامة والمدبرة وام الولد والمكاتبة والمستسعاة علي اصل ابي حنيفة
فتخرج في ذلك كله في الطلاق والوفاة اما الامة فلما ذكرنا ان حال العدة مبنية
علي حال النكاح ولا يلزمها المقام في منزل زوجها في حال النكاح لان في حال العدة
ولان خدمتها حق المولي فلو منعناها من الخروج لابطلنا حق المولي في الخدمة
من غير رضاه وهذا لا يجوز الا اذا بواها مولاها منزلا فحينئذ لا تخرج ما دامت
علي ذلك لانه رضي بسقوط حق نفسه وان اراد المولي ان يخرجها فله ذلك لان
الخدمة للمولي وانما كان اعارها للزوج وللمعير ان يسترد العارية ولما ذكرنا ان
حال العدة معتبرة بحال النكاح مرتبة عليها ولو بواها المولي في حال النكاح
كان للزوج ان يمنعها من الخروج حتي يبدو للمولي فكذا في حال العدة وروي ابن
سماعة عن محمد في الامة اذا طلقها زوجها وكان المولي مستغنيا عن خدمتها فلها
ان تخرج بكل وجه الا تري ان حرمة الخروج لحق الله تعالي فلو لزمتها لم تسقط باذنه
وكذلك المدبرة لما قلنا وكذلك ام الولد اذا طلقها زوجها او مات عنها لانها امة
المولي وكذا اذا اعتقت او مات عنها سيدها لها ان تخرج لان عدتها عدة وطي
وكانت كالمنكوحة نكاحا فاسدا واما المكاتبة فلان سعايتها حق المولي اذ بها
يصل المولي الي حقه فلو منعناها من الخروج لتعذرت عليها السعاية والمعتق
بعضها بمنزلة المكاتبة عند ابي حنيفة وعندهما حرة واذا اعتقت الامة في
العدة يلزمها فيما بقي من عدتها ما يلزم الحرة لان المانع من الخروج قد زال واما
الصغيرة فلها ان تخرج من منزلها اذا كانت الفرقة لا رجعة فيها سوا اذن
الزوج لها او لم ياذن لان وجوب السكني في البيت علي المعتدة لحق الله تعالي
وحق الله تعالي لا يجب علي الصبي وحق الزوج في حفظ الولد للزوج [illegible]
وان كانت الفرقة رجعية فلا يجوز لها الخروج بغير اذن الزوج لانها زوجته
وله ان ياذن لها بالخروج ولذا المجنونة لها ان تخرج من منزلها لانها غير مخاطبة
كالصغيرة الا ان لزوجها ان يمنعها من الخروج لتحصين مائه بخلاف الصغيرة
فان الزوج لا يملك منعها لان المنع في حق المجنونة لصيانة الما لاحتمال الحبل و
لا حبل والمنع في الطلاق الرجعي لكونها زوجة له واما الكتابية فلها ان تخرج لان
السكني في العدة حق الله تعالي من وجه فتكون عبادة من هذا الوجه والكفار
لا يخاطبون بالشرايع هي عبادات الا اذا منعها الزوج لتحصين مائه لان للزوج
حقا في العدة وهو صيانة مائه عن الاختلاط فان اسلمت الكتابية في العدة

لزمها فيما بقي من عدتها ما يلزم المسلمة لان المانع من اللزوم هو الكفر وقد زال
بالاسلام وكذلك المجوسية اذا اسلم زوجها وابت الاسلام حتى وقعت الفرقة ووجبت
العدة فان كان الزوج قد دخل بها فلها ان تخرج لما قلنا الا اذا اراد الزوج منعها
لتحصين مائه فاذا طلب ذلك منها يلزمها لان حق الانسان يجب ايفاوه عند طلبه
فلو قبلت المسلمة ابن زوجها حتى وقعت الفرقة ووجبت العدة اذا كان
بعد الدخول فليس لها ان تخرج من منزلها لان السكنى في العدة فيها حق الله تعالى
وهي مخاطبة بحقوق الله تعالى واما بعد انقضا العدة فلها ان تخرج الى ما
دون مسيرة سفر بلا محرم لانها تحتاج الى ذلك فلو شرط المحرم لضاق الامر
عليها وهذا لا يجوز ولا يجوز لها ان تخرج الى مسيرة سفر الا مع المحرم والاصل
فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تسافر المراة فوق مسيرة
ثلاثة ايام الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وسوا كان المحرم من النسب او
الرضاعة او المصاهرة لان النص وان ورد في الرحم المحرم فالمقصود هو المحرمية ذي صح
وهو حرمة المناكحة بينهما على التابيد وقد وجد فكان النص الوارد في الرحم المحرم ذي صح
واردا في المحرم بلا رحم دلالة ومنها وجوب الاحداد على المعتدة والكلام
في هذا الحكم في ثلاث مواضع احدها في تفسير الاحداد والثاني في بيان ان الاحداد
واجب في الجملة ام لا والثالث في شرايط وجوبه اما الاول فالاحداد في اللغة بيان صح
عبارة عن الامتناع من الزينة يقال احدت المراة على زوجها وحدت اي امتنعت
من الزينة وهو ان تجتنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتجتنب
الدهن والكحل ولا تختضب ولا تمتشط ولا تلبس حليا ولا تتشوف اما الطيب
فلما روت ام سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحنا
وقال الحنا طيب فيدل على وجوب اجتناب الطيب ولان الطيب فوق الحنا
فالنهي عن الحنا يكون نهيا عن الطيب دلالة كالنهي عن التافيف يكون نهيا عن
الضرب والقتل دلالة وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالعصفر والزعفران
له رايحة طيبة فكان كالطيب واما الدهن فلما فيه وفي الكحل زينة العينين ولهذا من زينة الشعر صح
حرم على المحرم جميع ذلك وهذا في حال الاختيار فاما في حال الضرورة فلا باس
به بان اشتكت عينها فلا باس ان تكتحل او اشتكت راسها فلا باس ان تصب فيه الدهن
او لم يكن لها الا ثوب مصبوغ فلا باس ان تلبسه لكن لا تقصد به الزينة لان مواضع
الضرورة مستثناة وقال ابو يوسف لا باس ان تلبس القصب والخز الاحمر وذكر في
الاصل في الاصل وقال ولا تلبس قصبا ولا خزا تتزين به لان الخز والقصب قد يلبس للزينة
وقد

وقد يلبس للحاجة والدفا فاعتبر فيه القصد فان قصدت به الزينة لم يجز وان
لم تقصد جاز واما بيان انه واجب ام لا فنقول لا خلاف بين الفقها ان المتوفا الثاني وهو صح
عنها زوجها يلزمها الاحداد وقال نفاة القياس لا احداد عليها وهم محجوجون
بالاحاديث واجماع الصحابة رضي الله عنهم اما الاحاديث فمنها ما روي
ان ام حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت ابيها ابي سفيان انتظرت ثلاثة
ايام ثم دعت بطيب وقالت ما بي الى الطيب من حاجة ولكني سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر ان تحد
على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وروي ان
امراة مات زوجها فجات الى النبي صلى الله عليه وسلم تستاذنه في الانتقال فقال
عليه السلام ان احداكن كانت تمكث في شر احلاسها الى الحول ثم تخرج فتلقي
البعرة افلا اربعة اشهر وعشرا فدل الحديث على ان عدتهن قبل نزول
هذه الاية حولا وانهن كن في شر احلاسهن مدة الحول ثم انتسخ ما زاد على يمكثن في صح
هذه المدة وبقي الحكم فيما بقي على ما كان قبل النسخ وهو ان تمكث المعتدة
هذه المدة في شر احلاسها وهو تفسير الحداد واما الاجماع فانه روي
عن جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن عمر وعايشة وام سلمة وغيرهم رضي
الله عنهم مثل قولنا وهو قول السلف واختلف في المطلقة ثلاثا او باينا قال
اصحابنا رحمهم الله يلزمها الحداد وقال الشافعي رحمه الله لا يلزمها وجه
قوله ان الحداد في المنصوص عليه انما وجب لحق الزوج تاسفا على ما فاتها من حسن
العشرة وادامة الصحبة الى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة
لانه اوحشها بالقطعة بالفرقة وقطع الوصلة باختياره ولم يمت عنها
فلا يلزمها التاسف ولنا ان الاحداد انما وجب على المتوفا عنها زوجها
لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة وفي حقها لما فيه من قضا
شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدرور النفقة
وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الحداد اظهارا للمصيبة والحزن وقد
وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الاحداد وقوله الاحداد اد
في عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم لانه لو كان لحق الزوج لما زاد على
ثلاثة ايام كما في موت الاب واما الثالث في شرايط وجوبه فهي ان تكون المعتدة
بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سوا كانت متوفا عنها زوجها او مطلقة
ثلاثا او باينا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح

فاسد والمطلقة طلاقا رجعيا وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تجب على
الصغيرة والكتابية وجه قوله ان الحداد من احكام العدة وقد لزمتها العدة
فيلزمها حكمها ولنا ان الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة
كساير العبادات البدنية من الصلاة والصوم وغيرهما بخلاف العدة فانها
اسم لمضي زمان وذا لا يختلف بالاسلام والكفر والصغر والكبر على ان بعض
اصحابنا قال لو لا تجب عليهما العدة وانما يجب علينا ان لا نتزوجها ولا احداد على
ام الولد اذا اعتقها مولاها او مات عنها لانها تعتد عن الوطي كالمنكوحة
نكاحا فاسدا ولا احداد على المعتدة من نكاح فاسد فكذا هذه ولا احداد
على المطلقة طلاقا رجعيا لانه يجب اظهار المصيبة على فوت نعمة النكاح
والنكاح بعد الطلاق الرجعي غير فايت بل هو قايم من كل وجه فلا يجب
الحداد بل يستحب لها ان تتزين لتحسن في عين الزوج فيراجعها ولا احداد
في النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد ليس بنعمة في الدين لانه معصية ومن
المحال ايجاب اظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب اظهار السرور
والفرح على فواتها واما الحرية فليست بشرط لوجوب الاحداد فيجب
الاحداد على الامة والمدبرة وام الولد اذا كان لها زوج فمات عنها او طلقها
والمكاتبة والمستسعاة لان ما يجب له الاحداد لا يختلف بالرق والحرية
فكانت فيه كالحرة والله اعلم ومنها وجوب النفقة والسكنى وهو مونة
السكنى لبعض المعتدات دون بعض وجملة الكلام فيه ان المعتدة اما ان كانت
عن طلاق او عن فرقة بغير طلاق واما ان كانت عن وفاة ولا يخلوا اما ان
تكون معتدة من نكاح صحيح او فاسد او ما هو في معنى النكاح الفاسد
فان كانت في معنى من نكاح صحيح عن طلاق فان كان الطلاق رجعيا فلها
النفقة والسكنى بلا خلاف لان ملك النكاح قايم فكان الحال بعد الطلاق
كالحال قبله ولما نذكر من دلايل اخر وان كان الطلاق ثلاثا او باينا فلها النفقة
والسكنى ان كانت حاملا بالاجماع لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا
عليهن حتى يضعن حملهن وان كانت حايلا فلها النفقة والسكنى عند
اصحابنا وقال الشافعي رحمه الله لها السكنى ولا نفقة لها وقال ابن ابي ليلى لا
نفقة لها ولا سكنى واحتجا بقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن
حتى يضعن حملهن خص الحامل بالامر بالانفاق عليها فلو وجب الانفاق
على غير الحامل لبطل التخصيص وروي عن فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي

نفقة العدة

معتدة

ثلاثا

ثلاثا فلم يجعل النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى ولان النفقة تجب بالملك
وقد زال الملك بالثلاث والباين الا ان السكنى عرفت وجوبها بالنص
بخلاف القياس ولنا قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
وقراة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا
عليهن من وجدكم ولا اختلاف بين القراتين لكن احديهما تفسير للاخرى
كقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وقرا ابن مسعود
ايمانهما وليس ذلك للقراة بل قراته تفسير للقراة الظاهرة كذا هذا ولان الامر
بالاسكان امر بالانفاق لانها اذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر
على الاكتساب بالنفقة فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت او ضاق
الامر عليها او عسر وهذا لا يجوز وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن
قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله من غير فصل بينما قبل الطلاق وبعده
في العدة ولان النفقة انما وجبت قبل الطلاق لكونها محبوسة عن الخروج
والبروز لحق الزوج وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدة وتايد
بانضمام حق الشرع اليه لان الحبس قبل الطلاق كان حقا للزوج على الخلوص
وبعد الطلاق تعلق به حق الله تعالى حتى لا يباح لها الخروج وان اذن الزوج لها
فلما وجبت النفقة قبل التاكد فلان تجب بعد التاكد اولى واما الاية ففيها امر
بالانفاق على الحامل وانه لا ينفي وجوب الانفاق على غير الحامل ولا يوجبه ايضا
فيكون مسكوتا موقوفا على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا
واما حديث فاطمة بنت قيس فقد رده عمر رضي الله عنه فانه روي انها لما
روت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها نفقة ولا سكنى قال عمر رضي
الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امراة لا ندري اصدقت ام كذبت
وفي بعض الروايات لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا ونأخذ بقول امراة لعلها
نسيت او شبه لها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة
وقول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا يحتمل انه اراد به قوله اسكنوهن
من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم كما هو قراة ابن مسعود رضي الله عنه
ويكون هذا قراة عمر رضي الله عنه ايضا ويحتمل انه اراد به قوله تعالى لينفق
ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله مطلقا
ويحتمل انه اراد بقوله لا ندع كتاب ربنا في السكنى خاصة وهو قوله تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم كما هو القراة الظاهرة واراد بقوله وسنة

نبينا ما روي عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى
والنفقة ويحتمل ان يكون عند عمر رضي الله عنه في هذا تلاوة رفعت عينها وبقي
حكمها فاراد بقوله لا ندع كتاب ربنا تلك الاية كما روي عنه انه قال في باب الزنا
انا كنا نتلو في سورة الاحزاب الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما نكالا من
الله والله عزيز حكيم ثم رفعت التلاوة وبقي حكمها كذا هاهنا وروي ان اسامة زوجها م
بن زيد كان اذا سمعها تتحدث بذلك حصبها بكل شيء في يده وروي عن
عايشة رضي الله عنها انها قالت لقد فتنت الناس بهذا الحديث واقل
احوال انكار الصحابة على راوي الحديث ان يوجب طعنا فيه ثم قد قيل في
تاويله انها كانت تبذو على احمايها اي تفحش عليهم باللسان من قولهم بذات
عليه اي فحشت عليه اي كانت تطيل لسانها عليهم بالفحش فنقلها رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن ام مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى
لانها صارت كالناشزة اذ كان سبب الخروج منها وهكذا نقول فيمن خرجت
من بيت زوجها في عدتها او كان منها سبب اوجب الخروج انها لا تستحق
النفقة ما دامت في غير بيت الزوج وقيل ان زوجها كان غايبا فلم يقض
لها بالنفقة والسكنى على الزوج لغيبته اذ لا يجوز القضا على الغايب من غير ان
يكون عنه خصم حاضر فان قيل روي ان زوجها كان خرج الى الشام وقد
كان وكل اخاه فالجواب انه انما وكله بطلاقها ولم يوكله بالخصومة وقولها
ان النفقة تجب بمقابلة الملك ممنوع فان الملك ضمانا اخر وهو المهر والنفقة على ما ذكرنا
انما تجب بالاحتباس وقد بقي بعد الطلاق الثلاث والباين فتبقى النفقة
وسوا كانت المعتدة عن طلاق كبيرة او صغيرة مسلمة او كتابية لان ما
ذكرنا من الدلايل لا يوجب الفصل ولا نفقة ولا سكنى للامة المعتدة عن
طلاق اذا لم يبوئها المولى بيتا لانه اذا لم يبوئها لم يحق الحبس لم يثبت بيتا م
للزوج الا ترى ان لها ان تخرج وان كان المولى قد بواها بيتا فلها السكنى
والنفقة لثبوت حق الحبس للزوج وكذلك المدبرة وام الولد اذا طلقتا وبواهما
المولى بيتا او لم يبوهما لان كل واحدة منهما امة وكذلك المكاتبة والمستسعاة
على اصل ابي حنيفة وان اعتقت ام الولد او مات عنها مولاها فلا نفقة لها
ولا سكنى لانها غير محبوسة الا ترى ان لها ان تخرج فلا تجب لها النفقة
والسكنى كالمعتدة من نكاح فاسد لان عدتها عدة الوطي كعدة المنكوحة
نكاحا فاسدا هذا اذا كانت معتدة عن طلاق من نكاح صحيح وان كانت معتدة

من

من نكاح فاسد لا نفقة لها ولا سكنى في النكاح الفاسد هذا اذا كانت معتدة عن
طلاق فان كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق من نكاح صحيح فان كانت الفرقة
من قبلها فان كانت بسبب ليس بمعصية كالامة اذا اعتقت فاختارت نفسها
او امراة العنين اذا اختارت الفرقة فلها النفقة والسكنى وان كانت بسبب
هو معصية كالمسلمة قبلت ابن زوجها بشهوة قالوا لا نفقة لها ولها السكنى لان
السكنى فيها حق الله تعالى وهي مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى واما النفقة
فتجب حقا لها على الخلوص فاذا وقعت الفرقة من قبلها بغير حق فقد ابطلت
حق نفسها بخلاف المعتقة وامراة العنين لان الفرقة وقعت من قبلها بحق فلا
تسقط النفقة هذا اذا كانت معتدة عن طلاق او عن فرقة بغير طلاق فان
كانت معتدة عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج سوا كانت حايلا
او حاملا لان النفقة في باب النكاح لا تجب بعقد النكاح دفعة واحدة كالمهر
وانما تجب شيا فشيا على حسب مرور الزمان فاذا مات الزوج انتقل ملك امواله
الى الورثة فلا يجوز ان تجب النفقة والسكنى في مال الوارث وسوا كانت حرة
او امة كبيرة او صغيرة مسلمة او كتابية لان الحرة المسلمة الكبيرة لما لم
تستحق النفقة والسكنى في عدة الوفاة فهولا اولى وكذا المعتدة من نكاح
نكاح فاسد في الوفاة لا سكنى لها ولا نفقة لانهما لا تستحقان بالنكاح
الفاسد الصحيح في هذه العدة فبالنكاح الفاسد والله اعلم ومنها
ثبوت النسب اذا جات بولد والكلام في هذا الحكم يقع في موضعين في
الاصل احدهما في بيان ما يثبت به نسب ولد المعتدة من المدة والثاني
في بيان ما يثبت به نسبه من الحجة اي يظهر به اما الاول فالاصل فيه
ان اقل مدة الحمل ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
جعل الله ثلاثين شهرا مدة الحمل والفصال جميعا ثم جعل الفصال وهو
الفطام عامين بقوله وفصاله في عامين فيبقى الحمل ستة اشهر وهذا
الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فانه روي ان رجلا تزوج
امراة فجاءت بولد لستة اشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن
عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله
ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين اشار الى ما ذكرنا فدل ان اقل مدة
الحمل ستة اشهر واكثرها سنتان عندنا وعند الشافعي رحمه الله اربع
سنين وهو محجوج بحديث عايشة رضي الله عنها فانها قالت لا يبقى الولد

في رحم امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل وروي ولو بفركة مغزل والظاهر
انها قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان هذا امر لا يدرك بالراي
والاجتهاد ولا يظن بها انها قالت ذلك جزافا وتخمينا فتعين السماع واصل
اخر ان كل مطلقة لم تلزمها العدة بان لم تكن مدخولا بها فنسب ولدها لا يثبت
من الزوج الا اذا علم يقينا انه منه وهو ان تجيء به لاقل من ستة اشهر وانما كان
كذلك لان الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علايقه فكان
النكاح من كل وجه زايلا بيقين وما زال بيقين لا يثبت الا بيقين مثله فاذا
جات بولد لاقل من ستة اشهر من يوم الطلاق فقد تيقنا ان العلوق
وجد في حال قيام الفراش وانه وطيها وهي حامل منه اذ لا يحتمل ان يكون
بوطي بعد الطلاق لان المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر فكان من وطي وجد
على فراش الزوج وكون العلوق في فراشه يوجب ثبوت النسب منه واذا
جات به لستة اشهر منذ طلقها انه يلزمه لتيقننا بعلوقه حال قيام
النكاح واذا جات به لستة اشهر او اكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك وتستوي
في هذا الحكم ذوات الاقرا وذوات الاشهر لما قلنا وعلى هذا ما اذا قال
كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة فجات بولد انها ان جات به
لستة اشهر من وقت النكاح كان لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق
لان الطلاق عقيب النكاح لان الحالف اوقعه كذلك الا ترى انه قال فهي طالق
والفا للتعقيب بلا تراخي وقال زفر لا يثبت النسب وروي ان محمدا كان
يقول مثل قوله ثم رجع وجه قول زفر ان ثبات النسب يعتمد امكان
الوطي ولم يوجد اذ ليس بين الطلاق والنكاح زمان يسع فيه الوطي لكنها
وجد النكاح وقع الطلاق عقيبه بلا فصل فلا يتصور الوطي فلا يثبت
النسب وانا نقول يمكن تصوره بان كان تخالط امراة فدخل عليه
الرجال فتزوجها وهم يسمعون كلامه وانزل من ساعته واذا تصور
الوطي فالنكاح قايم مقام الوطي المنزل عند تصوره شرعا لقوله صلى
الله عليه وسلم الولد للفراش وان جات به لاقل من ستة اشهر من وقت
النكاح لا يثبت النسب لانه علم يقينا انه وطي وجد قبل النكاح ثم اذا جات
به لستة اشهر من وقت النكاح حتى يثبت النسب يجب على الزوج مهر
كامل كذا ذكر في ظاهر الرواية لانها صارت في حكم المدخول بها وذكر ابو
يوسف في الامالي ان القياس ان يجب عليه مهر ونصف مهر نصف مهر

بالطلاق

بالطلاق قبل الدخول ومهر كامل بالدخول ووجهه ان يجعل الطلاق واقعا
كما تزوج فيجب نصف المهر لوجود الطلاق قبل الدخول ثم يجعل واطيا بعد
الدخول بنا على ان عنده ان الطلاق غير واقع لانه يرى ان تعليق الطلاق
بالملك لا يصح كما هو مذهب الشافعي فيجب المهر بهذا الوطي ويثبت النسب
لان المسلة مجتهد فيها فلا يكون فعله زنا الا ان ابا حنيفة استحسن وقال
لا يجب الا مهر واحد لانها كالمدخول من طريق الحكم فيتاكد المهر وان طلقها
بعد الدخول بها فجات بولد فجملة الكلام فيه ان يقال ان المعتدة لا تخلوا
اما ان كانت معتدة عن طلاق او عن وفاة وكل واحدة منهما لا تخلوا اما
ان كانت من ذوات الاقرا او من ذوات الاشهر وكل واحدة منهما اما ان كانت
اقرت بانقضا عدتها او لم تقر فان كانت معتدة عن طلاق فالطلاق لا يخلوا
اما ان يكون باينا واما ان يكون رجعيا فان كان باينا وهي من ذوات الاقرا ولم
تكن اقرت بانقضا العدة فجات بولد فان جات به الى سنتين من طلقها
لزمه لانه يحتمل ان يكون العلوق من وطي حادث بعد الطلاق ويحتمل ان
يكون من وطي وجد في حال قيام النكاح وكانت حاملا وقت الطلاق لان
الولد يبقى في البطن الى سنتين بالاتفاق وهذا اظهر الاحتمالين لان الظاهر
من حال المسلم ان لا يتزوج في العدة وحمل امور المسلمين على الصلاح والسداد
واجب ما امكن فيحمل عليه او نقول النكاح كان قايما بيقين والفراش
كان ثابتا لقيام النكاح من كل وجه فلم يستيقن زوال الفراش فلا يحكم
بالزوال بالشك وان جات به لاكثر من سنتين لم يلزمه ان انكره لانا تيقنا
انه ليس منه لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فلا يثبت نسبه منه
ما لم يدع فاذا ادعى ثبت النسب منه وهل يشترط تصديقها فيه
روايتان واختلف في انقضا عدتها قال ابو حنيفة ومحمد يحكم بانقضايها
قبل الولادة بستة اشهر وترد ما اخذت من نفقة هذه المدة وقال
ابو يوسف انقضا عدتها بوضع الحمل ولا ترد شيا من النفقة وجه
قوله انه وطيها اجنبي بشبهة ويحتمل ان الزوج وطيها بشبهة فلا ترد
النفقة بالشك ولهما ان الولد لا بد وان يكون من وطي حادث بعد
الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فلا يجوز ان يحمل على
ان الزوج وطيها لانه حرام ولا على ان اجنبيا وطيها بشبهة لان ذلك حرام وظاهر
حال المسلم التحرز عن الحرام فتعين الحمل على وطي حلال وهو الوطي في

نكاح صحيح فيحمل على ان عدتها قد انقضت وتزوجت واقل مدة الحمل ستة
اشهر فوجب رد نفقة ستة اشهر لانه تبين انها لم تكن عليه وقد خرج
الجواب عما ذكر ابو يوسف على انا ان حملنا على ان اجنبيا وطيها بشبهة تسقط
النفقة عن زوجها لانهم قالوا في المنكوحة اذا تزوجت فحملت من غير زوجها
انه لا نفقة لها وان كانت اقرت بانقضاء العدة وذلك في مدة تنقضي في
مثلها العدة ثم جات بولد في سنتين فان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار لم يلزمه لان الاصل ان المعتدة مصدقة في الاخبار عن
انقضاء عدتها اذ الشرع ايتمنها على ذلك فتصدق ما لم يظهر غلطها او كذبها
بيقين فاذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ظهر انها غلطت
او كذبت لانه تبين انها كانت معتدة وقت الاقرار اذ المراة لا تلد لاقل من ستة
اشهر فاقرارها بانقضاء العدة وهي معتدة يكون غلطا او يكون كذبا اذ هو
اخبار عن المخبر لا على ما هو به وهذا حد الكذب فالتحق اقرارها بالعدم واذا
جاءت به لستة اشهر او اكثر لم يظهر كذبها لاحتمال انها تزوجت بعد
اقرارها بانقضاء العدة فجاءت منه بولد فلم يكن ذلك ولد الزنا لكن ليس له نسب
معروف فلزم تصديقها في اخبارها بانقضاء عدتها على الاصل فلم يلزم الزوج
الولد وهذا الذي ذكرنا مذهبنا وفي الشافعي رحمه الله اذا اقرت ثم جاءت بولد
لتمام ستة اشهر ثبت النسب ما لم تتزوج وجه قوله ان اقرارها بانقضاء
عدتها يتضمن ابطال حق الصبي وهو تضييع نسبه لان النسب يثبت حقا
للصبي فلا يقبل ولنا ما ذكرنا ان الشرع ايتمنها في الاخبار بانقضاء
العدة حيث نهاها عن كتمان ما في رحمها والنهي عن الكتمان امر بالاظهار
والامر به امر بالقبول وقوله يتضمن ابطال حق الصبي في النسب ممنوع
فان ابطال الحق بعد ثبوته يكون والنسب ها هنا غير ثابت لما ذكرنا فكيف
يتصور ابطاله وان كان الطلاق رجعيا فجاءت بولد ولم تقر بانقضاء العدة
فان جاءت به الى سنتين وقت الطلاق لزم الزوج وانقضت عدتها وبانت
لما ذكرنا في الطلاق البائن وان كان لاكثر من سنتين لزم الزوج ايضا وصار
مراجعا وانما كان كذلك لان العلوق حصل من وطي بعد الطلاق ويمكن حمله
على الوطي الحلال وهو وطي الزوج لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطي فيملك وطيها
ما لم تقر بانقضاء عدتها فوجب حمله عليه ومتى حمل عليه صار مراجعا
بالوطي فيثبت نسبه وان طال الزمان لجواز ان تكون ممتدة الطهر فوطيها

في

في اخر الطهر فعلقت وصار مراجعا فان قيل هلا حمل عليه فيما اذا جاءت به لاقل
من سنتين ليصير مراجعا لها فالجواب ان هناك لا يمكن الحمل عليه لانه لو حمل
عليه للزم اثبات الرجعة بالشك لان الامر محتمل يحتمل ان يكون العلوق من
وطي قبل الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فتعين ان يكون من
وطي بعد الطلاق وامكن حمله على الوطي الحلال فيحمل عليه فيصير مراجعا
بالوطي فافترقا وان كانت اقرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي في مثلها العدة
فان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ اقرت لزمه وان جاءت به لستة اشهر
او اكثر من ذلك من وقت الاقرار لا يلزمه لما ذكرنا في الطلاق البائن هذا اذا كانت
المعتدة من ذوات الاقراء فان كانت ايسة فجاءت بولد فان كانت لم تقر بانقضاء
عدتها فحكمها حكم ذوات الاقراء وقد ذكرناه سواء كان الطلاق رجعيا او بائنا
اذا جاءت بولد الى سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من الزوج لانها لما
ولدت علم انها ليست بايسة بل هي من ذوات الاقراء وان كانت اقرت بانقضاء
عدتها فان كانت اقرت به مفسرا بثلاثة اشهر فكذلك لانه لما تبين انها
لم تكن ايسة تبين ان عدتها لم تكن بالاشهر فلم يصح اقرارها بانقضاء عدتها
بالاشهر فالتحق اقرارها بالعدم وجعل كانها لم تقر اصلا وان كانت اقرت
به مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء فان ولدت لاقل من ستة اشهر
منذ اقرت ثبت النسب والا فلا لانه لما بطل الاياس تعذر حمل اقرارها على
الاقرار بالانقضاء بالاشهر لبطلان الاعتداد بالاشهر فيحمل على الاقرار بالانقضاء
بالاقراء حملا لكلام العاقلة المسلمة على الصحة عند الامكان وان كانت صغيرة
فجاءت بولد فالامر لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان كانت اقرت بانقضاء العدة
بعد مضي ثلاثة اشهر واما ان كانت لم تقر ولكنها اقرت انها حامل في
مدة العدة وهي الثلاثة الاشهر واما ان سكتت وكل وجه على وجهين
اما ان كان الطلاق بائنا او رجعيا فان كانت اقرت بانقضاء العدة عند مضي
ثلاثة اشهر ثم جاءت بولد فان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ اقرت
ثبت النسب وان جاءت به لستة اشهر او اكثر لا يثبت لان اقرار الصغيرة
بانقضاء عدتها مقبول في الظاهر لانها اعرف بعدتها من غيرها ولهذا
لو اقرت بالبلوغ يقبل اقرارها غير انها لما جاءت به لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار فقد ظهر كذبها في اقرارها لانه تبين انها كانت معتدة وقت
الاقرار فالتحق اقرارها بالعدم واذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا لم يظهر

كذبها في اقرارها لجواز انها تزوجت بعد انقضا العدة وهذا الولد منه والطلاق
الباين والرجعي في هذا الوجه سوا وان لم تكن اقرت بانقضا العدة ولكنها
اقرت بالحمل في مدة العدة فان كان الطلاق باينا يثبت النسب الي
سنتين من وقت الطلاق وان كان رجعيا ثبت الي سبعة وعشرين
شهرا لانها لما اقرت بالحمل في المدة فقد حكمنا ببلوغها فصار حكمها
حكم البالغة فاذا جات بولد ثبت النسب الي سنتين من وقت الطلاق
ان كان الطلاق باينا لما مر انه يحكم بالعلوق قبل الطلاق واذا جات به
لاكثر من سنتين لا يثبت لانه حمل علي علوق حادث بعد الطلاق وان
كان الطلاق رجعيا ثبت النسب الي سنتين وثلاثة اشهر لان ظهر ان
العلوق كان في العدة وعدتها ثلاثة اشهر والمعتدة من طلاق رجعي
اذا علقت في العدة يصير الزوج مراجعا لها وان جات به لاكثر من سبعة
وعشرين شهرا لا يثبت النسب لانه تبين ان العلوق كان بعد مضي الثلاثة
الاشهر ولان الولد لا يبقي في البطن اكثر من سنتين فلا يصير مراجعا لها
وان لم تقر بشي اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد سكوتها كاقرارها
بانقضا العدة لانها ان جات به لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق
يثبت النسب وان جات به لستة اشهر او اكثر لا يثبت سوا كان
الطلاق باينا او رجعيا وقال ابو يوسف سكوتها كاقرارها بالحمل
او دعوي الحمل انه ان كان الطلاق باينا يثبت النسب الي سنتين وان
كان رجعيا يثبت الي سبعة وعشرين شهرا وجه قوله ان المراهقة
يحتمل ان يكون عدتها بوضع الحمل لاحتمال انها حبلت ولم تعلم بذلك
فما لم تقر بانقضا عدتها لا يحكم بالانقضا كالمتوفي عنها زوجها ولهما
ان عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهي ثلاثة اشهر فصار مضي
ثلاثة اشهر كاقرارها بانقضا عدتها ولو اقرت بانقضا عدتها كان
الجواب ما ذكرنا كذا هذا بخلاف المتوفي عنها زوجها انه لا يحكم بانقضا
عدتها بمضي الشهور لان عدتها ذات جهتين يحتمل ان تكون بالشهور
ويحتمل ان تكون بوضع الحمل فما لم تقر بانقضا العدة لا يحكم باحد الامرين
هذا الذي ذكرنا حكم المعتدة عن طلاق وكل جواب عرفته في المعتدة عن
طلاق فهو الجواب في المعتدة عن غير طلاق من اسباب الفرقة واما المتوفي
عنها زوجها وهي مدخول بها او غير مدخول بها ان كانت من ذوات الاقرا

على اعتبار الاصل لان الاصل فيها عدم البلوغ وكان انقضاوها بانقضا ثلاثة اشهر صح

فجات

فجات بولد فان جات به ما بينها وبين سنتين ولم تكن اقرت بانقضا العدة ثبت
نسب ولدها من الزوج عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا لم تدع الحمل في مدة
العدة ثم جات به لعشرة اشهر وعشرة ايام لا يثبت النسب وجه قوله ان
عدة المتوفا عنها زوجها تعتبر الاشهر عند عدم الحمل والاصل عدم الحمل فاذا مضت
اربعة اشهر وعشر حكم بانقضا عدتها فصارت كانها اقرت بانقضا عدتها
ثم جات بولد بعد ذلك وهناك ان جات به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار
ثبت النسب وان جات به لستة اشهر فصاعدا لا يثبت كذا ههنا ولهذا كان
الحكم في الصغيرة ما وصفنا كذا في الكبيرة ولنا ما ذكرنا ان عدة المتوفا عنها زوجها
ذات جهتين لجواز ان تكون حاملا ولا تعلم ذلك فلا تنقضي عدتها بالاشهر فما
لم تقر بانقضا عدتها لا يحكم بالانقضا كالعدة من الطلاق وان جات به لاكثر من
سنتين لا يثبت لما مر في عدة الطلاق بخلاف الصغيرة فان عدتها ذات
جهة واحدة لان الاصل فيها عدم الحبل لان المحل لا يحتمله وانما تصير محلا
بالبلوغ وفيه شك فيبقي حكم الاصل فاما عدة الكبيرة فذات جهتين لما قررنا
من الاحتمال والتردد فلا يحكم بالانقضا بالاشهر مع الاحتمال وان اقرت بانقضا
عدتها ثم اتت بولد فان جات به لاقل من ستة اشهر منذ اقرت يثبت النسب
وان جات به لتمام ستة اشهر فهو علي الاختلاف الذي ذكرنا في عدة الطلاق
انه لا يثبت النسب عندنا وعند الشافعي رحمه الله يثبت ما لم تتزوج هذا
الذي ذكرنا كله في عدة الطلاق وغيره من الفرق وعدة الوفاة اذا جات المعتدة
بولد قبل ان تتزوج بزوج اخر فاما ان تزوجت بزوج اخر ثم جات بولد فالامر
لا يخلو من اربعة اوجه اما ان جات به لاقل من ستة اشهر منذ طلقها الاول او مات
ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني واما ان جات به لاقل من سنتين منذ
طلقها الاول او مات و[illegible] لستة اشهر منذ تزوجها الثاني واما ان جات
به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول او مات ولاقل من ستة اشهر منذ تزوجها
الثاني فالولد للاول لانه لا يحتمل ان يكون من الثاني اذ المراة لا تلد لاقل من ستة
اشهر ويحتمل ان يكون من الاول لان الولد يبقي في بطن امه الي سنتين وفي
الحمل عليه حمل امرها علي الصلاح وانه واجب ما امكن وان جات به لاكثر
من سنتين منذ طلقها الاول او مات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها
الثاني فهو للثاني لانه لا يحتمل ان يكون من الاول اذ الولد لا يبقي في البطن اكثر
من سنتين ويحتمل ان يكون من الثاني لوجود مدة صالحة للحمل وفيه صيانتها

ولاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني واما ان جات به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول او مات صح

فصاعدا

ثم جات به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول او مات ولاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني صح

عن الحرام فيكون للثاني وان جات به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول او مات ولستة
اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني فهو للثاني والنكاح جايز لان اقدامها على التزوج
دليل انقضا عدتها من الاول اذ الظاهر من حال المسلمة العاقلة ان لا تتزوج
وهي معتدة الغير فصح نكاح الثاني وكان مولودا على نكاح صحيح فثبت نسبه
منه وان جات به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول او مات ولاقل من ستة
اشهر منذ تزوجها الثاني لم يكن للاول ولا للثاني لان الولد لا يبقى في البطن
اكثر من سنتين والمراة لا تلد لاقل من ستة اشهر وهل يجوز نكاح الثاني
في قول ابي حنيفة ومحمد جايز وعند ابي يوسف فاسد لانه اذا لم يثبت
النسب من الاول ولا من الثاني كان هذا الحمل من الزنا فيكون بمنزلة رجل
تزوج امراة وهي حامل من الزنا وذلك على هذا الخلاف على قول ابي حنيفة ومحمد
جاز نكاحها ولكن لا يقربها حتى تضع وعلى قول ابي يوسف لا يجوز النكاح ما لم
تضع حملها هذا اذا لم يعلم وقت التزوج انها تزوجت في عدتها فان علم ذلك
ووقع النكاح الثاني فاسدا فجات بولد فان النسب يثبت من الاول ان امكن
اثباته منه وان جات به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول او مات ولستة
اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني لان النكاح الثاني فاسد ومهما امكن احالة
النسب الى الفراش الصحيح كان اولى وان لم يمكن اثباته منه وامكن اثباته من
الثاني فالنسب يثبت من الثاني بان جات به لاكثر من سنتين منذ طلقها
الاول او مات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني لان النكاح الثاني
وان كان فاسدا لكن لما تعذر اثبات النسب من النكاح الفاسد اولى من الحمل
على الزنا والله الموفق واذا نعي الى امراة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت
ثم جا زوجها الاول فهي امراته لانها كانت منكوحته ولم يعترض اسباب
الفرقة فبقيت على النكاح السابق ولكن لا يقربها حتى تنقضي عدتها من
الثاني واما الولد فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة هو للاول وقال
ابو يوسف ان كانت ولدته لاقل من ستة اشهر من حين وطيها الثاني
فهو للاول وان كانت ولدته لستة اشهر او لاكثر فهو للثاني وقال
محمد ان كان ولدته لسنتين من حين وطيها الثاني فهو للاول وان كانت
ولدته لاكثر من سنتين فهو للثاني وجه قول محمد انها اذا كانت ولدته
لسنتين من حين وطيها الثاني امكن حمله على الفراش الصحيح لان الولد يبقى
في بطن الى سنتين فيحمل عليه واذا كانت ولدته لاكثر من سنتين لم يمكن حمله

على

على الفراش الصحيح لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فيحمل على الفراش
الفاسد ضرورة وجه قول ابي يوسف انها اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من
حين وطيها الثاني تيقنا انه ليس من الثاني لان المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر
وامكن حمله على الفراش فيحمل عليه واما اذا ولدت لستة اشهر او اكثر فالظاهر
انه من الثاني وجه قول ابي حنيفة ان الفراش الصحيح للاول فيكون الولد للاول
لقول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش ومطلق الفراش ينصرف الى الصحيح
والله الموفق للصواب واما الثاني وهو ما يثبت به نسب ولد المعتدة اي
يظهر به فجملة الكلام فيه ان المراة اذا ادعت انها ولدت هذا الولد لستة
اشهر فان صدقها الزوج فقد ثبتت ولادتها سوا كانت منكوحة او معتدة
وان كذبها تثبت ولادتها بشهادة امراة واحدة ثقة عند اصحابنا ويثبت
نسبه منه حتى لو نفاه يلاعن وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت الا بشهادة
اربع نسوة ثقات وجه قوله ان هذا نوع شهادة فلا بد من اعتبار العدد
فيه كسائر انواع الشهادات فيقام كل اثنتين منهن مقام رجل فاذا كن اربعا
يقمن مقام رجلين فيكمل العدد ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اجاز شهادة القابلة في الولادة فدل على جواز شهادتها في الولادة من غير اعتبار
العدد ولان الاصل فيما يقبل فيه قول النسا بانفرادهن ان لا يشترط فيه
العدد منهن على هذا اصول الشرع كما في رواية الاخبار والاخبار عن طهارة
الما ونجاسته وعن الوكالة وغير ذلك من الديانات والمعاملات وقد
خرج الجواب عن ما ذكره المخالف ان العدد شرط لان العدد انما يشترط
فيما لا يقبل فيه شهادة النسا بانفرادهن وها هنا يقبل فلا يشترط العدد
منهن ولو نفى الولد يلاعن لانه يثبت الولد بالنكاح لا بشهادة القابلة
وانما الثابت بشهادتها الولادة فقط ولان الولد الذي ولدته هذا لجواز
انها ولدت ميتا او حيا ثم مات فاذا نفى الولد فقد صار قاذفا لامه بالزنا
وقذف الزوجة بالزنا يوجب اللعان وكذلك اذا قال لامته ان كان في بطنك ولد
فهو مني فشهدت امراة على الولادة تثبت الولادة وتصير الجارية ام ولد له
لان النسب يثبت بفراش الملك عند الدعوة وقوله ان كان في بطنك ولد
فهو مني دعوى النسب والحاجة بعد ذلك الى الولادة وتعيين الولد وذلك
يثبت بشهادة القابلة واذا ثبت النسب صارت الجارية ام ولد له ضرورة
لان امومية الولد من ضرورات ثبوت النسب ولو قال لامراته اذا ولدت

فانت طالق فقالت ولدت وانكر الزوج الولادة فشهدت قابلة بالولادة يثبت
النسب بالاجماع وان لم يكن الزوج اقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا وهل يقع
الطلاق قال ابو حنيفة لا يقع ما لم يشهد على الولادة رجلان او رجل وامراتان
وقال ابو يوسف ومحمد يقع بشهادة القابلة اذا كانت عدلة وجه
قولهما ان الولادة قد ثبتت بشهادة القابلة بالاجماع ولهذا يثبت النسب
ومن ضرورة ثبوت الولادة وقوع الطلاق لانه تعلق بها ولابي حنيفة ان
شهادة القابلة حجة ضرورية لانها شهادة فرد ثم هو انثى فيظهر فيما فيه
ضرورة وفيما هو من ضرورات تلك الضرورة والضرورة في الولادة فيظهر
فيها فتثبت الولادة ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة لتصور
الولادة بدون الطلاق في الجملة فلا ضرورة الى اثبات الولادة في حق وقوع
الطلاق فلا تثبت في حقه والنسب ما يثبت بالشهادة وانما يثبت بالفراش
لقيام النكاح وانما الثابت بالشهادة الولادة وتعيين الولد ووقوع الطلاق
ليس من ضرورات الولادة ولا من ضرورات ثبوت النسب ايضا فلم يكن من
ضرورة الولادة وثبوت النسب وقوع الطلاق وان كان الزوج قد اقر
بالحبل او كان الحبل ظاهرا يقع الطلاق بمجرد قولها وان لم تشهد القابلة في قول ابي حنيفة م
وعندهما لا يقع الا بشهادة القابلة ولا خلاف في ان النسب لا يثبت بدون
شهادة القابلة وجه قولهما ان المراة تدعي وقوع الطلاق والاصل
ان لا يعطى احد شيئا بمجرد الدعوى لان دعوى المدعي عارضها انكار المنكر
وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم الحديث الا فيما يوقف
عليه من جهة غيره فيجعل القول فيه قوله للضرورة كما في الحيض والولادة
امر الوقوف عليها من جهة غيرها فلا يقبل قولها فيه ولهذا لم يثبت النسب
بقولها بدون شهادة القابلة كذا وقوع الطلاق لانها تدعي وهو ينكر والقول
قول المنكر حتى يقيم المدعي حجته وجه قول ابي حنيفة انه قد ثبت الحبل
وهو كون الولد في البطن باقرار الزوج بالحبل او بكون الحبل ظاهرا وانه يفضي
الى الولادة لا محالة لان الحمل يوضع لا محالة وكانت الولادة امرا كائنا فيقبل
فيه قولها كما في دم الحيض حتى لو قال لامراته اذا حضت فانت طالق فقالت
حضت يقع الطلاق كذا ههنا الا انه لم يقبل قولها في اثبات النسب بدون
شهادة القابلة لانها متهمة في تعيين الولد فلا تصدق على التعيين في حق
اثبات النسب ولا تهمة في التعيين في حق وقوع الطلاق فتصدق فيه من غير

شهادة

شهادة القابلة ونظيره ما اذا قال لامراته اذا حضت فانت طالق وامراتي الاخرى
فلانة معك فقالت حضت وكذبها الزوج تطلق هي ولا تطلق ضرتها ويثبت
حيضها في حقها ولا يثبت في حق ضرتها الا بتصديق الزوج لكونها متهمة في
حق ضرتها وانتفاء التهمة في حق نفسها كذا ههنا والله اعلم وان كانت معتدة
من طلاق بائن او من وفاة فجاءت بولد لاقل من سنتين وانكر الزوج الولادة او
ورثته بعد وفاته وادعت هي فان لم يكن الزوج اقر بالحبل ولا كان الحبل
ظاهرا لا يثبت النسب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين على الولادة
في قول ابي حنيفة وعندهما يثبت بشهادة القابلة وجه قولهما ان النكاح
بعد الطلاق البائن والوفاة باق في حق الفراش فلا حاجة الى ما يثبت به
النسب كما في حال قيام النكاح وانما الحاجة الى الولادة وتعيين الولد وذلك
يثبت بشهادة القابلة لانقطاع النكاح بجميع علايقه بانقضاء العدة بالولادة
وتصير اجنبية فكان القضاء بالولادة بشهادة القابلة قضاء بثبوت النسب
بولد الاجنبية بشهادة النساء ولا يجوز ذلك ولا يثبت الا بشهادة رجلين او
رجل وامراتين وان كان الزوج قد اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا فالقول قولها
في الولادة وان لم يشهد لها قابلة في قول ابي حنيفة وعندهما لا تثبت الولادة
بدون شهادة القابلة والكلام في الطرفين على النحو الذي ذكرنا وان كانت
معتدة من طلاق رجعي فكذلك ذكره في كتاب الدعوى وسوى بين الرجعي
والبائن لانها بعد انقضاء العدة اجنبية في الفصلين جميعا فلا تصدق
على الولادة الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة ان لم يكن
الزوج مقرا بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا وان اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا فهو
على الاختلاف ولو مات الزوج وانت امراته بولد بعد وفاته ما بينها
وبين سنتين ولم يشهد على الولادة احد لا القابلة ولا غيرها ولكن صدقها
الورثة في انها ولدته ذكر في الجامع الصغير انه يثبت نسبه بقولهم
وذكر في كتاب الدعوى ان نسب الولد يثبت ان كان ورثته اثنين
او ابنا وابنتين واختلاف العبارتين يرجع الى ان ثبوت نسبه
بتصديقهم من طريق الشهادة بحيث شرط ان يكون الورثة اثنين
او ابنا وبنتين وما ذكر في الجامع يدل على انه من طريق الاقرار لانه قال
فصدقها الورثة والشهادة لا تسمى تصديقا في العرف وكذا الحاجة
الى الشهادة عند المنازعة ولا منازعة ههنا نشا الاختلاف بين مشايخنا

فاعتبر بعضهم التصديق منه شهادة وبعضهم اقرارا فمن اعتبره شهادة
قال لا يثبت نسبه الا اذا كانت الورثة رجلين او رجلا وامراتين ويشترط
لفظة الشهادة ومجلس الحكم واذا صدقها البعض وجحد البعض فان
صدقها رجلان منهم او رجل وامراتان يشارك الولد المقرين منهم والمنكرين
جميعا في الميراث لان الشهادة حجة مطلقة وكانت حجة على الكل فيظهر
نسبه اذا صدقها جميع الورثة سوا كانوا ذكورا او اناثا ولا يراعي لفظة
الشهادة ومجلس الحكم واذا صدقها بعض الورثة وجحد الباقون يثبت نسبه
في حقهم ويشاركهم في نصيبهم من الميراث ولا يثبت في حق غيرهم لان اقرارهم
حجة في حقهم لا في حق غيرهم ومن هذا ايضا نشا الخلاف فيما اذا كان
الوارث واحدا فصدقها في الولادة فقال الكرخي نسبه يثبت باقراره
في قولهم وذكر الطحاوي فيه الاختلاف فقال لا يثبت نسبه في قول ابي
حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف يثبت كانهما اعتبرا قوله شهادة
وشهادة الفرد لا تقبل واعتبره ابو يوسف اقرارا واقرار الفرد مقبول
هذا اذا صدقها الورثة او بعضهم فاما اذا لم يصدقها احد منهم فهو على
الاختلاف والتفصيل ان الزوج اذا لم يكن مقرا بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا
لا يثبت نسبه الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين على الولادة عند ابي حنيفة
وعندهما يثبت بشهادة القابلة وان كان الزوج اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا
تثبت الولادة بمجرد قولها انها ولدت عند ابي حنيفة وعندهما لا يثبت
من غير شهادة القابلة وقد مر الكلام في ذلك كله فيما تقدم والله اعلم
رجل قال لغلام هذا ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امراته لا
شك ان الغلام يرثه لانه ثبت نسبه منه باقراره وهل ترثه هذه المراة
ترثه استحسانا والقياس ان لا يكون لها الميراث وجه القياس انه يحتمل
ان تكون ام الولد حرة ويحتمل ان تكون امة ولو كانت حرة فيحتمل ان تكون
هذه ويحتمل ان تكون غيرها ولو كانت هذه المراة فيحتمل ان يكون وطيها
بنكاح صحيح ويحتمل بنكاح فاسد وبشبهة النكاح فيقع الشك في
الارث فلا ترث بالشك وجه الاستحسان ان سبب استحقاق الارث
في حقها يثبت باقراره بنسب الولد وهو النكاح الصحيح لان المسلة
مفروضة في امراة معروفة بالحرية وبامومية هذا الولد فاذا اقر
بنسب الولد انه منه والنسب لا يثبت الا بالفراش والاصل في الفراش هو

النكاح

طلاق الفار

النكاح الصحيح فكان دعوى نسب الولد اقرارا منه انه من النكاح الصحيح
فاذا صدقته يثبت النكاح ظاهرا فترثه لان العمل بالظاهر واجب واما
اذا لم تكن معروفة بذلك وانكرت الورثة كونها حرة او ام له فلا ميراث
لها لان الامر بقي محتملا فلا ترث بالشك والاحتمال ومما يتصل بحال قيام العدة
عن طلاق من الاحكام منها الارث عند الموت وجملة الكلام فيه ان
المعتدة لا تخلو اما ان كانت من طلاق رجعي واما ان كانت من طلاق باين
او ثلاث والحال لا يخلو اما ان كانت حال الصحة واما ان كانت حال المرض
فان كانت المعتدة من طلاق رجعي فمات احد الزوجين قبل انقضا العدة
ورثه الاخر بلا خلاف سوا كان الطلاق في حال الصحة او في حال المرض
لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح وكانت الزوجية بعد الطلاق قبل انقضا
العدة قايمة من كل وجه والنكاح القايم من كل وجه سبب لاستحقاق
الارث من الجانبين كما لو مات احدهما قبل الطلاق وسوا كان الطلاق برضاها
او بغير رضاها لان ما رضيت به ليس بسبب لبطلان النكاح حتى يكون رضا
ببطلان حقها في الميراث وسوا كانت المراة حرة مسلمة وقت الطلاق
او مملوكة او كتابية ثم اعتقت او اسلمت في العدة لان النكاح بعد الطلاق قايم
من كل وجه ما دامت العدة قايمة وانه سبب لاستحقاق الارث وان
كانت من طلاق باين او ثلاث فان كان ذلك في حال الصحة فمات احدهما
لم يرثه صاحبه سوا كان الطلاق برضاها او بغير رضاها وان كان في حال
المرض فان كان برضاها لا ترث بالاجماع وان كان بغير رضاها فانها
ترث من زوجها عندنا وعند الشافعي لا ترث ومعرفة هذه المسلة
مبنية على معرفة سبب استحقاق الارث وشرط الاستحقاق وو
اما السبب فنقول لا خلاف في ان سبب استحقاق الارث في حقها النكاح ٤
فان الله تعالى ادار الارث فيما بين الزوجين على الزوجية بقوله ولكم نصف
ما ترك ازواجكم الى اخر ما ذكر من ميراث الزوجين ولان اسباب الارث
في الشرع ثلاثة لا رابع لها القرابة والولا والزوجية واختلف في الوقت
الذي يصير النكاح سببا لاستحقاق الارث فعند الشافعي رحمه الله هو
وقت الموت فان كان النكاح قايما عند الموت ثبت الارث والا فلا واختلف
مشايخنا قال بعضهم هو وقت مرض الموت والنكاح كان قايما من كل وجه
في اول مرض الموت ولا يحتاج الى بقايه من كل وجه الى وقت الموت ليصير

سببا وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث
من اول المرض عند وجود شرايطه بطريق الظهور وقال بعضهم يعتبر
قيام النكاح من وجه الى وقت الموت ليصير سببا وتفسير الاستحقاق
عندهم هو ثبوت الملك من وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور عند وجود شرايطه
ومن وجه من وقت الموت مقصورا عليه وهو طريق الاستناد وهما طريقتا
مشايخنا المتقدمين وقال بعضهم وهو طريقة المشايخ المتاخرين منهم
ان النكاح القايم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الارث وهو ثبوت حق
الارث من غير ثبوت الملك للوارث للحال اصلا لا من كل وجه ولا من وجه
وجه قول الشافعي ان الارث لا يثبت الا عند الموت لان المال قبل الموت
ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته فلا بد من وجود السبب عند الموت
ولا سبب هاهنا الا النكاح وقد زال بالابانة والثلاث فلا يثبت الارث
ولهذا لا يثبت بعد انقضا العدة ولا يرث الزوج منها بالاخلاف ولو كان
النكاح قايما في حق الارث لورث لان الزوجية لا تقوم باحد الطرفين فدل لا يقوم
انها زايله ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم والمعقول اما الاجماع فانه
روي عن ابن سيرين رحمه الله انه قال كانوا يقولون ولا يختلفون من فر
من كتاب الله رُدّ اليه اي من طلق امراته في مرضه ثلاثا فانها ترثه ما
دامت في العدة وهذا منه حكاية عن اجماع الصحابة ومثله لا يكذب
وهكذا روي توريث امراة الفار عن جماعة من الصحابة من غير نكير مثل
عمر وعثمان وعلي وعايشة وابي بن كعب فانه روي عن ابرهيم النخعي رحمه
الله انه قال جا عروة البارقي الى شريح بخمس خصال منهن ان الرجل اذا طلق من عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه
امراته وهو مريض ثلاثا ورثت منه ما دامت في عدتها وروي عن الشعبي
انه قال ان ام البنين بنت عيينة بن حصين كانت تحت عثمان رضي الله عنه
فلما حُصر طلقها وقد كان ارسل يشتري ثمنها فلما قتل اتت عليا رضي الله ابيه
عنه فذكرت له ذلك فقال علي رضي الله عنه تركها حتى اذا اشرف على الموت
طلقها وورّثها وروي ان عبد الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر الكلبية
في مرضه اخر تطليقاتها الثلاث وكانت تحت ام كلثوم بنت عقبة اخت
عثمان رضي الله عنه فورثها عثمان رضي الله عنه وروي انه قال ما اتهمه ولكن
اريد ان يكون سنة وروى هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة رضي الله عنها
انها قالت ان المطلقة ثلاثا وهو مريض ترثه ما دامت في العدة وعن ابي بن

كعب

كعب رضي الله عنه انه قال ترث ما لم تتزوج فان قيل ابن الزبير مخالف فانه انا م
روي انه قال في قصة تماضر ورّثها عثمان رضي الله عنه ولو كنت انا لما ورثتها
فكيف ينعقد الاجماع مع مخالفته فالجواب ان الخلاف لا يثبت بقوله
هذا لانه محتمل يحتمل ان يكون معنى قوله لو كنت انا لما ورثتها اي عندي انها
لا ترث ويحتمل ان يكون معناه اي يظهر له من الاجتهاد الصواب ما لو كنت
مكانه لكان لا يظهر لي وكان ذلك تصويبا له في اجتهاده وان الحق في اجتهاده
فلا يثبت الخلاف مع الاحتمال بل حمله على الوجه الذي فيه تحقيق الموافقة اولى
ويحتمل انها كانت سالت فراي عثمان توريثها مع سوالها الطلاق لما ورثتها الطلاق م
فيرجع قوله لو كنت انا لما ورثتها الى سوالها الطلاق فلما ورثها عثمان رضي
الله عنه مع مسالتها الطلاق فعند عدم السوال اولى على انه روي ان ابن معنى م
الزبير رضي الله عنه انما قال ذلك في ولايته وقد كان انعقد الاجماع منهم على
التوريث قبله فخلافه بعد وقوع الاتفاق منهم لا يقدح في الاجماع لان انقراض
العصر ليس بشرط لصحة الاجماع على ما عرف في اصول الفقه واما
المعقول فهو ان سبب استحقاق الارث وجد مع شرايط الاستحقاق فيستحق
كما اذا طلقها طلاقا رجعيا ولا كلام في سبب الاستحقاق وشرايطه وانما الكلام
في وقت الاستحقاق فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت اما على بلغ
التفسير الاول والثاني وهو ثبوت الملك من كل وجه او من وجه فالدليل عليه
النص واجماع الصحابة ودلالة الاجماع والمعقول اما النص فما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر
اعماركم زيادة في اعمالكم اي تصدق باستيفاء ملككم عليكم في ثلث اموالكم زيادة
على اعمالكم اخبر عن منة الله تعالى على عباده انه استبقى لهم الملك في ثلث
اموالهم ليكون وسيلة الى الزيادة في اعمالهم بالصرف الى وجوه الخير لان مثل هذا
الكلام يخرج مخرج الاخبار عن المنة واخر اعمارهم مرض الموت فيدل على زوال
ملكه عن الثلثين اذ لو لم يزل لم يكن ليمن عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين
اذ الحكيم في موضع بيان المنة لا يترك اعلى المنتين ويذكر ادناهما واذا زال
ملكه عن الثلثين يزول الى ورثته لانهم اقرب الناس اليه فيرضى بالزوال
اليهم لرجوع معنى الملك اليه بالدعا والصدقة وانواع الخير بخلاف الاجانب
واما اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه
انه قال في مرض موته لعايشة رضي الله عنها اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا

من مالي بالعالية وانك لم تكوني جزتيه ولا قبضتيه وانما هو اليوم من مال الوارث
ولم تدع عايشة رضي الله عنها ولا انكر احد عليه وكان ذلك بمحضر من الصحابة
فيكون اجماعًا منهم ان مال المريض في مرض موته يصير ملك الوارث من كل وجه
او من وجه واما دلالة الاجماع فهي انه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث
في حق الاجانب وفي حق الورثة لا ينفذ بشي اصلا ورأسا حتى كان للورثة ان
ياخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه اذا لم يدفع القيمة ولو
نفذ لما كان لهم الاخذ من غير رضاه فدل على عدم النفاذ على زوال الملك
واذا زال يزول الى الورثة لما بينا واما المعقول فهو ان المال الفاضل عن
حاجة الميت يصرف الى الورثة بلا خلاف والكلام فيما اذا فضل ووقع
من وقت المرض الفراغ عن حوايج الميت فهذه الدلايل تدل على ثبوت الملك
من كل وجه للوارث في المال الفاضل عن حوايج الميت فتدل على ثبوت الملك
من وجه لا محاله واما على التفسير الثالث وهو ثبوت حق الارث من غير
ثبوت الملك راسا بدلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع فهو انه ينقض
تبرعه بعد الموت ولولا تعلق حق الورثة بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفا
من الاهل في محل مملوك له لا على حق للغير فيه فينبغي ان لا ينقض فدل على حق
النقض على تعلق الحق واما المعقول فهو ان النكاح حال مرض الموت صار
وسيلة الى الارث عند الموت ووسيلة حق الانسان حقه لانه ينتفع به
والطلاق البائن والثلاث ابطال لهذه الوسيلة فيكون ابطالا لحقها وذلك
اضرار بها فيرد عليه ويلحق بالعدم في حق ابطال الارث في الحال عملا بقول
النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار في الاسلام فلم يعمل الطلاق في الحال
في ابطال سببية النكاح لاستحقاق الارث وكونه وسيلة اليه دفعًا للضرر
عنها وتاخر عمله فيه الى ما بعد انقضا العدة وكذلك لو ابانها بغير طلاق
بخيار البلوغ بان اختار نفسه وتقبيل امها او بنتها او ردته ان كان ذلك
في الصحة لا ترث منه ولا منها بالاجماع كما لو ابانها بالطلاق لانعدام سبب
الاستحقاق في وقت الاستحقاق وهو مرض الموت الا في الردة بان ارتد الزوج
في حال صحته فمات على الردة او قتل او لحق بدار الحرب وهي في العدة فانها
ترث منه لان الردة من الزوج في معنى مرض الموت لما نذكر وان كانت هذه
الاسباب منه في حالة المرض فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الطلاق انها
ترث منه عندنا خلافا للشافعي ولا يرث هو منها بالاجماع ولو جامعها ابنه

مكرهة

مكرهة او مطاوعة لا ترث اما اذا كانت مطاوعة فلانها رضيت بابطال حقها
وان كانت مكرهة فلم يوجد من الزوج ابطال حقها المتعلق بالارث لوقوع
الفرقة بفعل غيره وان كانت البينونة من قبل المراة كما اذا قبلت ابن زوجها
او اباه لشهوة طايعة او مكرهة او اختارت نفسها في خيار الادراك او العتاق
او عدم الكفاة فان كان ذلك في حال الصحة فانهما لا يتوارثان بالاجماع كما اذا
كانت البينونة من قبل الزوج وكذا اذا ارتدت بخلاف ردة الزوج في حال
صحته ووجه الفرق ان ردة الزوج في معنى مرض موته لا تفضي الى الموت
الا ان احتمال الصحة باحتمال الاسلام قايم فاذا قتل على الردة او مات عليها
فقد زال الاحتمال وكذا اذا لحق بدار الحرب لان الظاهر انه لا يعود فيتقرر
المرض فتبين ان سبب الاستحقاق كان ثابتا وقت الاستحقاق وهو مرض
الموت وان سبب الفرقة وجد منه في مرض الموت فترث منه كما لو كان
مريضا حقيقة فاما ردتها فليس في معنى مرض موتها لما قال ينبغي ان يرث
الزوج منها وان كانت هي لا ترث منه لانها لا تفضي الى الموت لانها لا تقتل
عندنا فلم يكن النكاح القايم حال ردتها سببا لاستحقاق الارث في حقه
لانعدام وقت الاستحقاق وهو مرض الموت لذلك افترقا والله اعلم وان كان في
حال المرض فان كان في حال مرض الزوج لا ترث منه وان كانت في العدة
لعدم شرط الارث وهو عدم رضاها بسبب الفرقة ولحصول الفرقة
بفعل غير الزوج ويرث الزوج منها ان كان سبب الفرقة منها في مرضها
وماتت قبل انقضا عدتها لوجود سبب الاستحقاق في حقه وهو
النكاح في وقت الاستحقاق وهو مرض موتها ولوجود ابطال سبب حقه
منها في حال المرض والقياس فيما اذا ارتدت في مرضها ثم ماتت في العدة
ان لا يرثها زوجها وانما ورثها استحسانا وجه القياس ان الفرقة لم تقع
بفعلها لان فعلها بالردة والفرقة لا تقع بها وانما تقع باختلاف الدينين ولا
صنع لها في ذلك فلم يوجد منها في مرضها ابطال حق الزوج ليرد عليها
فلا يرث منها وجه الاستحسان ما ذكرنا ولسنا نسلم ان الفرقة لم تقع
بفعلها فان الردة من اسباب الفرقة وقد حصلت منها في حال تعلق حقه
بالارث وهو مرض موتها فيرث منها والله الموفق واما شرايط الاستحقاق
فنوعان نوع يعم اسباب الارث كلها ونوع يخص النكاح اما الذي يعم الاسباب
كلها فمنها شرط الاهلية وهي ان لا يكون الوارث مملوكا ولا مرتدا ولا قاتلا فلا

فلا يرث المملوك والمرتد من احد ولا يرث القاتل من المقتول ودلايل هذه الجملة
تذكر في كتاب الفرايض ان شاء الله تعالى ويعتبر وجود الاهلية ها هنا وقت الطلاق
ودوامها الى وقت الموت حتى لو كانت مملوكة او كتابية وقت الطلاق لا ترث
وان اعتقت او اسلمت في العدة لان السبب لا ينعقد مفيدا للحكم بدون شرطه
فاذا لم يكن وقت صيرورة النكاح سبب الاستحقاق وهو مرض الموت من اهل
الميراث لم ينعقد سببا فلا يعتبر حدوث الاهلية بعد ذلك ولو كانت
مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت في عدتها ثم اسلمت فلا ميراث لها وان كانت
من اهل الميراث وقت الطلاق اما على طريق الاسناد فلان الحكم من وجه
يثبت عند الموت ولا بد من قيام السبب من وجه عنده ليثبت ثم يستند
وقد بطل السبب بالردة راسا فتعين الاسناد وكذا من يقول بثبوت الحق
في المرض دون الملك يعتبر قيام النكاح في حق الارث عند الموت ولم يبق
لبطلانه بالردة واما على طريق الظهور المحض فيشكل تخريج هذه المسئلة لانه
تبين ان الملك من كل وجه كان ثابتا للوارث وقت المرض والنكاح كان
قايما من كل وجه في ذلك الوقت والاهلية كانت موجودة وبقا السبب ليس
بشرط لبقا الحكم وكذا الاهلية شرط الثبوت لا شرط البقا وهذا بخلاف
ما اذا طلقها في مرضه ثم قبلت ابن زوجها او اباه بشهوة في عدتها انها ترث
لانها بالتقبيل لم تخرج عن اهلية الارث اذ ليس تحت التقبيل الا التحريم والتحريم
لا يبطل اهلية الارث بخلاف الردة فانها مبطلة للاهلية ومنها شرط
المحلية وهي ان يكون المتروك مالا فاضلا فارغا عن حوايج الميت حاجة
اصلية فلا يثبت الارث في المال المشغول بحاجته الاصلية ومنها اتحاد
الدين ومنها اتحاد الدار لما نذكر في كتاب الفرايض ان شا الله تعالى واما
الذي يخص النكاح فشرطان احدهما قيام العدة حتى لو مات الزوج بعد
انقضا العدة لا ترث وهذا قول عامة العلما وقال ابن ابي ليلى ليس بشرط هذا صح
وترث بعد انقضا عدتها ما لم تتزوج والصحيح قول العامة لان جريان
الارث بعد الابانة والثلاث ثبت بخلاف القياس باجماع الصحابة وهم
شرطوا قيام العدة على ما روينا عنهم فصار شرطا بالاجماع غير معقول
فيتبع معقد الاجماع ولان العدة اذا كانت قايمة كان بعض احكام النكاح
قايما من وجوب النفقة والسكنى والفراش وغير ذلك فامكن ابقاه في حق
حكم الارث فالتوريث يكون موافقا للاصول وقال لو انه طلق زوجته في

وإذا انقضت العدة لم يبق شيء من علايق النكاح فكان القول بالتوريث نصب شرع بالرأي وهذا لا يجوز صح

مرضه

مرضه ودام المرض اكثر من سنتين فمات ثم جات بولد بعد موته بشهر
انه لا ميراث لها في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لها الميراث بنا على
ان انقضا عدتها بالاقرا وعندهما بوضع الحمل وجه قول ابي يوسف ان الحمل
حادث لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فيحمل على انها وطيت بشبهة
فلا يحكم بانقضا عدتها الا بالوضع فلم تكن منقضية العدة عند موت الزوج
فترث وهما يقولان لا شك ان الولد حصل بوطي حادث بعد الطلاق فلا يخلوا
اما ان يحمل على ان الزوج وطيها او غيره لا سبيل الى الاول لان وطيه اياها حرام
والظاهر من حاله انه لا يرتكب الحرام ولا وجه للثاني لان غير الزوج اما ان وطيها
بنكاح او بشبهة والوطي بشبهة هو حرام ايضا فتعين حمل امرها على النكاح
الصحيح وهو ان عدتها انقضت قبل موت الزوج بستة اشهر ثم تزوجت
وكانت عدتها منقضية قبل موت الزوج فلا ترث ولهذا قال ابو حنيفة
ومحمد انها ترد نفقة ستة اشهر وقال ابو يوسف لا ترد والله اعلم والثاني
عدم الرضا منها بسبب الفرقة وبشرطها فان رضيت بذلك بطل حقها
والتوريث ثبت حقا لها للصيانة حقها فاذا رضيت باسقاط حقها لم تبق
مستحقة للنظر وعلى هذا تخرج ما اذا قال لها في مرضه امرك بيدك او
اختاري فاختارت نفسها او قال لها طلقي نفسك ثلاثا ففعلت او قالت
لزوجها طلقني ثلاثا ففعل او اختلعت من زوجها ثم مات الزوج وهي في
العدة انها لا ترثه لانها رضيت بسبب البطلان او بشرطه اما اذا اختارت
نفسها فلا شك فيه لانها باشرت سبب البطلان بنفسها وكذا اذا امرها
بالطلاق فطلقت وكذا اذا سالته الطلاق فطلقها لانها رضيت بمباشرة
السبب من الزوج وفي الخلع باشرت الشرط بنفسها وكل ذلك دليل الرضا
ولو قالت لزوجها طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثت لان ما رضيت به وهو
الطلاق الرجعي ليس بسبب لبطلان الارث وما هو سبب البطلان وهو ما اتى به
الزوج ما رضيت به فترث وعلى هذا يخرج ما اذا علق طلاق امراته في مرضه
او صحته بشرط وكان الشرط في المرض وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما
ان كان التعليق ووجود الشرط جميعا في الصحة واما ان كانا جميعا في المرض
واما ان كان احدهما في الصحة والاخر في المرض فلا يخلو اما ان علق بفعل نفسه
او بفعلها نفسها او بفعل اجنبي او بامر سماوي فان كان التعليق ووجود الشرط
جميعا في الصحة لا شك انها لا ترث اي شي كان المعلق به لانعدام سبب الاستحقاق

او بوضع الحمل عندهما بالاقراء م

لا ترث لانها رضيت ح

او بشرطه

الارث في وقت الاستحقاق وهو وقت مرض الموت وان كانا جميعا في المرض
فانها ترث اي شي كان المعلق به لوجود سبب الاستحقاق في وقته وانعدام
الرضا منها بابطال حقها الا اذا كان التعليق بفعلها الذي لها منه بد فانها لا
ترث لوجود الرضا منها بالشرط لانها فعلت عن اختيار ولو اجل العنين
وهو مريض ومضى الاجل وهو مريض فخيرت المراة فاختارت نفسها فلا ميراث
لها لان الفرقة وقعت باختيارها لانها تقدر ان تصبر عليه فاذا لم تصبر واختارت
نفسها فقد باشرت سبب بطلان حقها باختيارها ورضاها فلا ترث ولو
آلى منها وهو مريض ثم بانت بالايلا وهو مريض ورثت ما دامت في العدة
لوجود سبب الاستحقاق في وقته وشرايطه ولو كان صحيحا وقت الايلا وانقضت
مدة الايلا وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق في وقته لانه باشر
الطلاق في الصحة ولم يصنع في المرض شيا ولو قذف امراته في المرض ولاعنها
في المرض ورثت في قولهم جميعا لان سبب الفرقة وجد في وقت تعلق حقها
بالارث ولم يوجد منها دليل الرضا ببطلان حقها لكونها مضطرة في المطالبة
باللعان لدفع الشين عن نفسها والزوج هو الذي اضطرها بقذفه فيضاف
فعلها اليه كانه اكرهها عليه وان كان القذف في الصحة واللعان في المرض ورثت
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا ترث وجه قوله ان سبب الفرقة
وجد من الزوج في حال لم يتعلق حقها بالارث وهو حال الصحة والمراة مختارة
في اللعان فلا يضاف الى الزوج ولهما ان فعل المراة يضاف الى الزوج لانها مضطرة
الى المطالبة باللعان لاضطرارها الى دفع العار عن نفسها والزوج هو الذي الجاها
الى هذا فيضاف فعلها اليه كانه اوقع الفرقة في المرض والله الموفق وان
كان احدهما في الصحة والشرط في المرض فان كان التعليق بامر سماوي بان قال
لها اذا جاء راس شهر كذا فانت طالق فجا وهو مريض ثم مات وهي في
العدة لا ترث في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر ترث وجه قوله ان
المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قايلا عند الشرط انت طالق
ثلاثا وهو مريض ولنا ان الزوج لم يصنع في مرض الموت شيا لا السبب ولا
الشرط ليرد عليه فعله فلم يصر فارا وقوله المعلق بالشرط يجعل منجزا عند
الشرط ممنوع بل يقع الطلاق بالكلام السابق من غير ان يقدر باقيا الى وقت
وجود الشرط على ما عرف في مسايل الخلاف وكذا ان كان بفعل اجنبي سوا كان
منه بد كقدوم فلان او لا بد منه كالصلاة المفروضة والصوم المفروض ونحو

ذلك

في الصحة والاخر في المرض فان كان التعليق في الصحة صح

ذلك لما قلنا انه لم يوجد من الزوج صنع في المرض لا بمباشرة السبب ولا بمباشرة
الشرط وان كان بفعل نفسه ترث سوا كان فعلا له منه بد كما اذا قال ان دخلت انا
الدار فانت طالق او لا بد له منه كما لو قال ان صليت انا الظهر فانت طالق
لانه باشر شرط بطلان حقها فصار متعديا عليها مضرا بها بمباشرة الشرط
فيرد عليه دفعا للضرر عنها لان العذر لا يعتبر في موضع التعدي والضرر كمن
اتلف مال غيره نايما او خاطيا او اصابته مخمصة فاكل طعام غيره حتى يجب عليه
الضمان ولم يجعل معذورا في مباشرة الفعل الذي لا بد له منه لما قلنا كذا هذا
وان كان بفعل المراة فان كان فعلا لها منه بد كدخول الدار وكلام زيد ونحو ذلك
لا ترث لانها رضيت ببطلان حقها حيث باشرت شرط البطلان من غير ضرورة
وان كان فعلا لا بد لها منه كالاكل والشرب والصلاة المفروضة والصوم المفروض
وكلام ابويها واقتضا غريمها الديون فانها ترث في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا ترث وكذا اذا علق بدخول دار لا غنا لها عن دخولها فهو على هذا
الخلاف كذا روي عن ابي يوسف وجه قول محمد انه لم يوجد من الزوج مباشرة
بطلان حقها ولا شرط البطلان فلا يصير فارا كما لو علق بامر سماوي او بفعل
اجنبي او بفعلها الذي لها منه بد وجه قولهما ان المراة فيما فعلت من الشرط
عاملة للزوج من وجه لان منفعة عملها عايدة اليه لانه يمنعها عما لو امتنعت
عنه فالزوج بذلك اثم فاذا لم تمتنع وفعلت لم يلحقه ما ثم فكانت منفعة
فعلها عايدة اليه فجعل ذلك فعلا للزوج فوجب ابطال فعله صيانة لحقها
ومن الوجه الذي بقي مقصورا عليها ليس بدليل الرضا لانها فعلته مضطرة
لدفع العقوبة عنها في الاخرة لا برضاها وقالوا فيمن فوض طلاق امراته الى
اجنبي في الصحة فطلقها في المرض ان التفويض ان كان على وجه لا يمكن
عزله عنه بان ملكه الطلاق لا ترث لانه لما لم يقدر على فسخه بعد مرضه
صار الايقاع صار الايقاع في المرض كالايقاع في الصحة وان كان التفويض على
وجه يمكنه العزل عنه وطلق في المرض ورثت لانه لما امكنه عزله بعد مرضه
فلم يفعل صار كانه انشا التوكيل في المرض لان الاصل في كل تصرف غير لازم ان
يكون لبقايه حكم الابتدا والله الموفق وعلى هذا اذا قال في صحته لامراته ان لم
ات البصرة فانت طالق ثلاثا فلم ياتها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها
بعدم اتيانه البصرة فلما بلغ الى حال وقع الياس له عن اتيانه البصرة فقد
تحقق العدم وهو مريض في ذلك الوقت فقد باشر شرط بطلان حقها في

من وجه صح

الميراث فصار فارًا فترثه وان ماتت هي وبقي الزوج ورثها لانها ماتت وهي
زوجته لان الطلاق لم يقع لعدم شرط الوقوع وهو عدم اتيانه البصرة
لجواز ان ياتيها بعد موتها فلم يقع الطلاق فماتت وهي زوجته فيرثها
ولو قال ان لم ات البصرة فانت طالق فلم تاتها حتى مات الزوج ورثته
لانه مات وهو زوج لعدم وقوع الطلاق لانعدام شرط وقوعه لانها مادامت
حية يرجى منها الاتيان وان ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لانه لم يوجد
منها سبب الفرقة في مرضها فلم تصر فارة فلا يرثها ولو قال لها ان لم اطلقك
فانت طالق فلم يطلقها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها بشرط عدم
التطليق منه وقد تحقق العدم اذا صار الى حالة لا يتاتى منه التطليق وهو
مريض في تلك الحالة فيصير فارًا لمباشرة شرط بطلان حقها فترثه ولو
ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لانها لم تصر فارة لانعدام سبب الفرقة منها
في مرضها فلا يرثها وكذلك اذا قال لها ان لم اتزوج عليك فانت طالق ثلاثًا
فلم يفعل حتى مات ورثته وان ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لما ذكرنا
في الحلف بالطلاق ولو قال لامراتين له في صحته احديكما طالق ثم مرض فبين
الطلاق في احديهما ثم مات ورثته المطلقة لان وقوع الطلاق المضاف الى
المبهم معلق بشرط البيان هو الصحيح لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى
والصحيح اذا علق طلاق امراته بفعله ففعل في مرضه فانها ترثه والله الموفق
ولو قال لامتين في صحته لامتين تحته احديكما طالق ثنتين ثم اختار الزوج
ان يوقع على احديهما في مرضه فلا ميراث للمطلقة ولا يملك الزوج الرجعة وهذا
الجواب على قول من يقول ان الطلاق واقع في العين والبيان تعيين من وقع
عليه الطلاق لا شرط وقوع الطلاق ويقال انه قول محمد رحمه الله لان
الايقاع والوقوع حصلا في حال لا حق لواحدة منهما وهي حال الصحة فلا ترث
ولا يملك الزوج الرجعة لان الايقاع صادفها وهي امة وطلاق الامة ثنتان على
لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتثبت الحرمة الغليظة فلا يملك الرجعة
واما على قول من يقول الطلاق غير واقع للحال بل معلق وقوعه بالاختيار وهو
تفسير الايقاع في الذمة ويقال انه قول ابي يوسف فينبغي ان ترث
ويملك الرجعة لان وقوع الطلاق معلق بشرط اختياره والصحيح اذا علق
طلاق امراته بفعله ففعل وهو مريض ثم مات في العدة ترثه سواء كان فعلا
له منه بد او لا بد له منه كما اذا قال ان دخلت انا الدار فانت طالق فدخلها وهو

مريض

مريض ويملك الرجعة لان الطلاق وقع عليها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة
فيملك مراجعتها ولو كانت احديهما حرة فقال في صحته احديكما طالق ثنتين
فاعتقت الامة ثم مرض الزوج فبين الطلاق في الامة فالطلاق رجعي وللمطلقة
الميراث في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد ثم رجع ابو يوسف وقال
اذا اختار ان يوقع على الذي كانت امة فانها لا تحل له الا بعد زوج وذكر
هذه المسألة في الزيادات وقال في جوابها انها لا تحل له الا بعد زوج وذكر
هذه المسألة ولها الميراث ولم يذكر خلافا واختلاف الجواب بناء على اختلاف
الطريق فمن جعل الطلاق واقعا في المجهولة وجعل البيان تعيين من وقع
عليه الطلاق يقول لا يملك الرجعة لانه وقع الطلاق عليها وهي امة فحرمت
حرمة غليظة وكان ينبغي ان لا ترث لان الايقاع والوقوع كل ذلك وجد
في حال الصحة الا انه انما قال بالتوريث لكون الزوج متهما في البيان لجواز
انه كان في قلبه الاخرى وقت الطلاق فبين في هذه فكان متهما في البيان
فورثت واما من لا يرى الطلاق واقعا قبل الاختيار يقول يملك الرجعة
لان الطلاق قد وقع وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة فترث لان الطلاق
رجعي وان كان التعليق في المرض والشرط في الصحة بان طلقها ثلاثا او
بائنا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث لانه لما صح تبين ان ذلك
المرض لم يكن مرض الموت فلم يوجد الايقاع ولا الشرط في المرض فكان
هذا والصحة سواء في جميع الاحكام واما وقت الاستحقاق فهو وقت
مرض الموت لنعرف الاحكام المتعلقة به فنقول وبالله التوفيق
ذكر الكرخي ان المريض مرض الموت هو المريض الذي اضناه المرض
وصار صاحب فراش فاما اذا كان يذهب ويجي وهو مع ذلك يحم فهو
بمنزلة الصحيح وذكر الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله المريض
الذي اذا طلق امراته كان فارا هو ان يكون مضنى لا يقوم الا بشدة وهو في
حال يعذر في الصلاة جالسا والحاصل ان مرض الموت هو الذي يخاف منه
الموت غالبا ويدخل في هذه العبارة ما ذكره الحسن عن ابي حنيفة وما
ذكره الكرخي لانه اذا كان مضنى لا يقدر على القيام الا بشدة يخشى عليه
الموت غالبا وان كان يحم فلا يكون ذلك مرض الموت وكذا صاحب الفالج والسل
والنقرس ونحوها اذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح لان ذلك اذا طال
لا يخاف منه الموت غالبا فلم يكن مرض الموت الا اذا تغير حاله من ذلك وما

من ذلك التغير فيكون حاله حال التغير من مرض الموت لانه اذا تغير تخشى
منه الموت غالبا فيكون مرض الموت وكذا الزمن والمقعد ويابس الشق
وعلى هذا قالوا في المحصور والواقف في صف القتال ومن وجب عليه
القتل في حد او قصاص فحبس ليقتل انه كالصحيح لانه ليس الغالب من هذه
الاحوال الموت فان الانسان يخلص منها غالبا لكثرة اسباب الخلاص ولو
قدم ليقتل او بارز قرنه وخرج من الصف فهو كالمريض لان الغالب من
هذه الحالة الهلاك فيترتب عليه احكام المريض اذا مات في ذلك الوجه ولو
كان في السفينة فهو كالصحيح الا اذا هاجت الامواج فيصير في حكم
المريض في تلك الحال لانه يخشى منها الموت غالبا ولو اعيد المخرج الى القتل
الى الحبس او رجع المبارز بعد المبارزة الى الصف او سكن الموج صار في
حكم الصحيح كالمريض اذا برئ من مرضه والمراة اذا اخذها الطلق فهي
في حكم المريض اذا ماتت من ذلك لان الغالب منه خوف الهلاك واذا
سلمت من ذلك فهي في حكم الصحيح كما اذا كانت مريضة ثم صحت ولو طلقها
وهو مريض وصح وقام من مرضه وكان يذهب ويجي ويقوى على الصلاة
قايما ثم نكس فعاد الى الحالة التي كان عليها ثم مات لم ترثه في قول اصحابنا
الثلاثة وقال زفر ترثه وجه قول زفر ان وقت الطلاق وقت
تعلق بالارث ووقت الموت وقت ثبوت الارث والمرض قد احاط
بالوقتين جميعا فانقطاعه فيما بين ذلك لا يعتبر لانه ليس وقت التعلق
ولا وقت الارث ولنا انه لما صح بعد المرض تبين ان ذلك المرض
لم يكن مرض الموت فلم يوجد الطلاق في حال المرض فلا ترث والله اعلم
واما الذي يخص الطلاق المبهم وهو ان يكون لفظ الطلاق مضافا الى
مجهول فجملة الكلام فيه ان الجهالة اما ان كانت اصلية واما ان كانت
طارية اما الجهالة الاصلية فهي ان يكون لفظ الطلاق من الابتدا مضافا الى
المجهول وجهالة المضاف اليه تكون بمزاحمة غيره اياه في الاسم والمزاحم
اياه في الاسم لا يخلو اما ان يكون محتملا له والمحتمل للطلاق لا يخلو اما ان يكون
ممن يملك الزوج طلاقه او لا يملك طلاقه فان كان ممن يملك طلاقه صحت
الاضافة بالاجماع نحو ان يقول لنسايه الاربع احداكن طالق ثلاثا او يقول
لامراتين له احداكما طالق ثلاثا والكلام فيه في موضعين احدهما في بيان
كيفية هذا التصرف اعني قوله لامراتيه احداكما طالق والثاني في بيان

الاحكام

الاحكام المتعلقة به اما الاول فقد اختلف مشايخنا في كيفية هذا التصرف
قال بعضهم هو ايقاع الطلاق في غير العين على معنى انه يقع الطلاق للحال
في واحدة منهما غير عين واختيار الطلاق في احديهما وبيان الطلاق فيهما
تعيين لمن وقع عليها الطلاق ويقال ان هذا قول محمد رحمه الله وقال
بعضهم ان هذا ايقاع الطلاق معلقا بشرط البيان معنى ومعناه ان قوله
احديكما طالق ينعقد سببا للحال لوقوع الطلاق عند البيان والاختيار
لا للحال بمنزلة تعليق الطلاق بساير الشروط من دخول الدار وغيره الا ان
هناك الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وها هنا يدخل على الحكم لا على
السبب كما في البيع بشرط الخيار فاذا اختار احديهما فقد وجد شرط
وقوع الطلاق في حقها فيقع الطلاق عليها بالكلام السابق عند وجود
شرط الوقوع وهو الاختيار كانه علقه به نصا فقال ان اخترت طلاق
احديكما فهي طالق ويقال ان هذا قول ابي يوسف رحمه الله والمسايل
متعارضة في الظاهر بعضها يويد القول الاول وبعضها ينصر القول
الاول وبعضها ينصر القول الثاني ونحن نشير الى ذلك ها هنا ونذكر
وجه كل واحد منهما وترجيح احدهما على الاخر وتخريج المسايل عليه في
كتاب العتاق ان شا الله تعالى وقال بعضهم البيان اظهار من وجه وانشا
من وجه وزعموا ان المسايل تخرج عليه وانه كلام لا يعقل بل هو محال
والبنا على المحال محال واما الاحكام المتعلقة به فنوعان نوع يتعلق به في
حال حياة الزوج ونوع يتعلق به بعد مماته اما بيان النوع الاول فنقول
اذا قال لامراتيه احديكما طالق فله خيار التعيين يختار ايتهما شا للطلاق
لانه اذا ملك الابهام ملك التعيين ولو خاصمتاه واستعدتا عليه القاضي
حتى يبين اعدى عليه وكلفه البيان ولو امتنع اجبره عليه بالحبس لان
لكل واحدة منهما حقا اما استيفا حقوق النكاح منه واما التوصل الى
زوج اخر وحق الانسان يجب ايفاوه عند طلبه واذا امتنع من عليه يجبره
القاضي على الايفا وذلك بالبيان ها هنا فكان البيان حقهما لكونه وسيلة الى
حقهما ووسيلة حق الانسان حقه والجبر على البيان يويد القول الاول
لان الوقوع لو كان معلقا بشرط لما اجبره لما اذا الحالف لا يجبر على تحصيل
الشرط ولان البيان اظهار الثابت واظهار الثابت ولا ثابت محال ثم البيان
نوعان نص ودلالة اما النص فنحو ان يقول اياها عنيت او نويت او اردت

وما يجري هذا المجرى ولو قال لاحداكما طالق ثلاثا ثم طلق احديهما عينا بان
قال لها انت طالق وقال اردت به بيان الطلاق الذي لزمني لا طلاقا مستقبلا
كان القول قوله لان البيان واجب عليه وقوله انت طالق يحتمل البيان
لانه ان جعل انشا في الشرع لكنه يحتمل الاخبار فيحتمل البيان اذ هو اخبار
عن كاين وهذا ايضا ينصر القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا
لم يصدق في ارادة البيان اذ البيان للواقع واما الدلالة فنحو ان يفعل
او يقول ما يدل على البيان نحو ان يطا احديهما او يقبلها او يطلقها او
يحلف بطلاقها او يظاهر منها لان ذلك كله لا يجوز الا في المنكوحة فكان
الاقدام عليه تعيينا لهذه للنكاح واذا تعينت هي للنكاح تتعين الاخرى
للطلاق ضرورة انتفا المزاحم واذا كن اربعا او ثلاثا تتعين الثالثة للطلاق
بوطي الثانية او بقوله للثانية هذه منكوحة وكذا اذا ماتت احديهما قبل
البيان طلقت الباقية لان التي ماتت خرجت عن احتمال البيان فيها لان الطلاق يقع
عند البيان وقد خرجت عن احتمال الطلاق فخرجت عن احتمال البيان فتعينت
الباقية للطلاق وهذا يويد القول الثاني لان الطلاق لو كان وقع في غير
العين لما افترق الحال في البيان بين الحياة والموت اذ هو اظهار ما كان
فرق بين هذا وبين ما اذا باع احد عبديه على ان المشتري بالخيار ياخذ
ايهما شا ويرد الاخر فمات احدهما قبل البيان انه لا يتعين الباقي منهما
للبيع بل يتعين الميت للبيع ويصير المشتري مختار البيع في الميت
قبيل الموت ويجب عليه رد الباقي الى البايع ووجه الفرق ان هناك وجد
المبطل للخيار قبيل الموت وهو حدوث عيب لم يكن وقت الشرا وهو
المرض اذ لا يخلو الانسان عن مرض قبيل الموت عادة وحدوث العيب
في الذي فيه خيار يبطل الخيار فبطل الخيار قبيل الموت ودخل العبد
في ملك المشتري فتعين الاخر للرد ضرورة وهذا المعنى لم يوجد
في الطلاق لان حدوث العيب في المطلقة لا يوجب بطلان الخيار ولو ماتت
احديهما قبل البيان فقال الزوج اياها عنيت لم يرثها وطلقت الباقية
لانها كما ماتت تعينت الباقية للطلاق فاذا قال عنيت الاخرى فقد
اراد صرف الطلاق عن الباقية فلا يصدق فيه ويصدق في ابطال الارث
لان ذلك حقه والانسان في اقراره بابطال حق نفسه مصدق لانتفا التهمة
وكذلك اذا ماتتا جميعا او احداهما بعد الاخرى ثم قال عنيت التي ماتت اولا

(هامش: تعينت الباقيات لبيان الطلاق في واحدة منهن نصا او دلالة بان يطا الثانية والثالثة بالفعل او بالقول فتتعين الرابعة للطلاق او يقول هي منكوحة وهي منكوحة فتتعين الرابعة للطلاق ان كن اربعا وان كن ثلاثا م)

لم

لم يرث منها اما من الثانية فلتعينها للطلاق بموت الاولى واما من الاولى
فلاقراره انه لا حق له في ميراثها وهو يصدق على نفسه ولو ماتتا جميعا بان
سقط عليهما حايط او غرقتا يرث من كل واحدة منهما نصف ميراثها لانه
يستحق ميراث كل واحدة منهما في حال ولا يستحقه في حال فيتنصف كما هو
اصلنا في اعتبار الاحوال وكذلك اذا ماتتا جميعا احديهما بعد الاخرى
لكن لا يعرف التقدم والتاخر فهذا بمنزلة موتهما معا ولو ماتتا ثم عين احديهما
بعد موتها وقال اياها عنيت لا يرث منها ويرث من الاخرى نصف ميراث
(هامش: زوج لانهما لما ماتتا فقد استحق من كل واحدة نصف ميراث صح)
لما بينا فان اراد احديهما عينا فقد اسقط حقه عن ميراثها وهو النصف
فيرث من الاخرى النصف ولو ارتدتا جميعا قبل البيان فانقضت عدتهما
بانتا ولم يكن له ان يبين الطلاق الثلاث في احديهما اما البينونة فلان الملك
قد زال من كل وجه بالردة وانقضا العدة فاذا زال الملك لا يملك البيان وهذا
يدل على ان الطلاق لم يقع قبل البيان اذ لو وقع لصح البيان بعد البينونة
لان البيان حقيقة يكون تعيين من وقع عليها الطلاق فلا تفتقر صحته الى
قيام الملك ولو كانتا رضيعتين فجاءت امراة فارضعتهما قبل البيان بانتا
وهذا دليل ظاهر على صحة القول الثاني لانه لو وقع الطلاق على احديهما لصارت
اجنبية فلا يتحقق الجمع بين الاختين بالرضاع نكاحا فينبغي ان لا تبينا
وقد بانتا واذا بانتا بالرضاع لم يكن له ان يبين الطلاق في احديهما لما قلنا
وهو دليل على ما قلنا ولو بين الطلاق في احداهما تجب عليها العدة من وقت
البيان كذا روي عن ابي يوسف حتى لو راجعها بعد ذلك صحت اذا بين الطلاق
(هامش: رجعته وكذا ح)
في احديهما وقد كانت حاضت ثلاث حيض لا يعتد بما حاضت قبله وتستانف
(هامش: نف قبل البيان م)
العدة من وقت البيان كذا روي عن ابي يوسف حتى لو راجعها بعد ذلك
صحت رجعته اذا بين الطلاق في احداهما وهذا يدل على ان الطلاق لم يكن
واقعا قبل البيان وروي عن محمد انه تجب العدة من وقت الارسال
وتنقضي اذا حاضت ثلاث حيض من ذلك الوقت ولا تصح الرجعة بعد
ذلك وهذا يدل على ان الطلاق نازل في غير العين ومن هذا حقق القدوري
الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في كيفية هذا التصرف على ما ذكرنا من
القولين واستدل بمسئلة العدة على الخلاف ولو قال لامراتين له احديكما
طالق واحدة والاخرى ثلاثا فحاضت احديهما ثلاث حيض بانت بواحدة
والاخرى طالق ثلاثا لان كل واحدة منهما مطلقة الان احديهما بواحدة

والاخرى بثلاث فاذا حاضت احديهما ثلاث حيض بانت بواحدة والاخرى
طالق ثلاثا فقد زال ملكه عنها بيقين فخرجت عن احتمال الثلاث فيها
فتعينت الاخرى للثلاث ضرورة ولو كانت تحته اربع نسوة فقال لـ
احديكن طالق ثلاثا ثم تزوج اخرى جاز وان كن مدخولا بهن فتزوج اخرى
لم يجز وهذا حجة القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا في احداهن
لما جاز في الفصل الاول لانه يكون نكاح الخامسة ولجاز في الفصل الثاني لانه
يكون نكاح الرابعة ولما كان الامر على القلب من ذلك دل ان الطلاق لم يكن
واقعا قبل البيان ولو قال لامراتين في صحته احديكما طالق ثم بين في احديهما
في مرضه يصير فارا او ترثه المطلقة مع المنكوحة ويكون الميراث
بينهما نصفين وهذا حجة القول الثاني لان الطلاق لو كان واقعا في احديهما
غير عين لكان وقوع الطلاق في الصحة فينبغي ان لا يصير فارا كما
اذا طلق واحدة منهما عينا واما الذي يتعلق بهما بعد موت الزوج فانواع
ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة اذا مات قبل البيان اما
حكم المهر فاذا كانتا مدخولا بهما فلكل واحدة منهما جميع المهر لان كل
واحدة منهما تستحق جميع المهر منكوحة كانت او مطلقة اما المنكوحة
فلا شك فيها واما المطلقة فلانها مطلقة بعد الدخول وان كانتا غير
مدخول بهما فلهما مهر ونصف مهر بينهما لكل واحدة منهما
ثلاثة ارباع مهر لان كل واحدة منهما تحتمل ان تكون منكوحة وتحتمل ان
تكون مطلقة فان كانت منكوحة تستحق جميع المهر لان الموت بمنزلة الدخول
وان كانت مطلقة تستحق النصف لان النصف قد سقط بالطلاق قبل
الدخول فلكل واحدة منهما كل المهر في حال والنصف في حال وليست
احديهما باولى من الاخرى فيتنصف فيكون لكل واحدة منهما ثلاثة
ارباع مهر هذا اذا كان قد سمي لهما مهرا فان كان لم يسم لهما مهرا فلهما
مهر ومتعة بينهما لان كل واحدة منهما ان كانت منكوحة فلها كمال
مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكل واحدة منهما تستحق كمال
مهر المثل في حال ولا تستحق مهر المثل في حال وكذا المتعة فيتنصف كل
واحد منهما فيكون لهما مهر ومتعة بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر
المثل ونصف متعة وان كان سمي لاحديهما مهرا ولم يسم للاخرى فللمسمى
لها ثلاثة ارباع المهر وللتي لم يسم لها نصف مهر المثل لان المسمى لها ان كانت

منكوحة

منكوحة فلها جميع المسمى وان كانت مطلقة فلها النصف فيتنصف كل
ذلك فيكون لها ثلاثة ارباع المهر المسمى والتي لم يسم لها ان كانت منكوحة
فلها جميع مهر المثل فاستحقت في حال ولم تستحق شيا منه في حال فيكون
لها نصف مهر المثل والقياس ان يكون لها نصف المتعة ايضا وهو قول زفر
وفي الاستحسان ليس لها الا نصف مهر المثل وجه القياس انها ان كانت منكوحة
فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكان لها كمال مهر
المثل في حال وكمال المتعة في حال فيتنصف كل واحد منهما فيكون لها نصف
مهر المثل ونصف المتعة وجه الاستحسان ان نصف مهر المثل اذا وجب
لها امتنع وجوب المتعة لان المتعة بدل عن نصف مهر المثل والبدل والمبدل
لا يجتمعان هذا اذا كان المسمى لها مهرا معلوما فان لم يكن معلوما وربع مهر
اذا كان مهر مثلها سوا ويكون بينهما لان كل واحدة منهما تحتمل ان تكون هي المسمى
لها المهر فيكون لها ثلاثة ارباع المهر لما ذكرنا وتحتمل ان تكون غير المسمى لها
المهر فيكون لها نصف مهر المثل ففي حال يجب ثلاثة ارباع المهر وفي حال
يجب نصف المهر فيتنصف كل ذلك فيكون لهما مهر وربع بينهما لكل واحدة
منهما نصف مهر وثمن مهر ولا تجب المتعة استحسانا والقياس ان تجب نصف
المتعة ايضا وتكون بينهما ايضا وهو قول زفر ووجه القياس والاستحسان
على نحو ما ذكرنا والله اعلم وهذه المسايل تدل على ان الطلاق قد وقع في
احديهما غير عين وقت الارسال حيث شاع فيهما بعد الموت اذ لو اقع
يشيع والله اعلم واما حكم الميراث فهو انهما يرثان منه ميراث امراة واحدة
ويكون بينهما نصفين في الاحوال كلها لان احداهما منكوحة بيقين وليس احديهما
باولى من الاخرى فيكون قدر ميراث امراة واحدة بينهما فان كان للزوج امراة
اخرى سواهما لم يدخلها في الطلاق عليها نصف ميراث النسا ولهما النصف
لانه لا يزاحمها الا واحدة منهما لان المنكوحة واحدة والاخرى مطلقة فلها
النصف ثم النصف الثاني يكون بين الاخريين نصفين اذ ليست احديهما
باولى من الاخرى واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة فدارت
كل واحدة من العدتين في حق كل واحدة من المراتين بين الوجوب وعدم
الوجوب والعدة يحتاط في ايجابها ومن الاحتياط القول بوجوبهما على كل
واحدة منهما والله الموفق وان كان ممن لا يملك طلاقه لا تصح الاضافة بالاجماع
بان جمع بين امراته وبين اجنبية وقال احداكما طالق حتى لا تطلق امراته لان

هذا الكلام يستعمل للانشا ويستعمل للاخبار ولو حمل على الاخبار يصح لانه يخبر
ان احداهما طالق والامر كما اخبر ولو حمل على الانشا لم يصح لان احديهما وهي
الاجنبية لا تحتمل الانشا لعدم النكاح ولا طلاق قبل النكاح على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم وكان حمله على الاخبار اولى هذا اذا كان المزاحم في الاسم محتملا
للطلاق فاما اذا لم يكن نحو ما اذا جمع بين امراته وبين حجر او بهيمة فقال
احدكما طالق فهل تصح الاضافة اختلف فيه قال ابو حنيفة وابو يوسف
تصح حتى يقع الطلاق على امراته وقال محمد لا تصح ولا يقع الطلاق على
امراته وجه قوله ان الجمع بين المنكوحة وغير المنكوحة يوجب شكا في الايقاع
كما لو جمع بين امراته وبين اجنبية وقال احداكما طالق فلا يقع مع الشك
ولهما انه جمع بين من يحتمل الطلاق وبين من لا يحتمله بالاسم واضاف الطلاق
اليهما فالظاهر انه اراد به من يحتمل الطلاق لا من لا يحتمله لان اضافة الطلاق
الى من لا يحتمله سفه فانصرف مطلق الاضافة الى زوجته بدلالة الحال بخلاف
ما اذا جمع بينهما وبين اجنبية لان الاجنبية محتملة للطلاق في الجملة وهي
محتملة للطلاق في الحال اخبارا ان كانت لا تحتمله انشا فينصرف الى
الاخبار صيانة لكلامه عن اللغو فينصرف اليه ولو جمع بين زوجته وبين
رجل فقال احدكما طالق لم يصح في قول ابي حنيفة حتى لا تطلق زوجته
وقال ابو يوسف يصح وتطلق زوجته وجه قول ابي يوسف ان الرجل
لا يحتمل الطلاق الا ترى انه لو قال لامراته انا منك طالق لم يصح فصار
كما لو اذا جمع بين امراته وبين بهيمة وقال احدكما طالق ووجه
قول ابي حنيفة رحمه الله ان الرجل محتمل للطلاق في الجملة الا ترى انه
يحتمل البينونة حتى لو قال لامراته انا منك باين ونوى الطلاق يصح
والابانة من الفاظ الطلاق فان الطلاق نوعان رجعي وباين واذا كان
محتملا للطلاق في الجملة حمل كلامه على الاخبار كما اذا جمع بينها وبين
اجنبية وقال احدكما طالق ولو جمع بين امراته وبين امراة ميتة فقال
انت طالق وهذه واشار الى الميتة لم تصح الاضافة بالاجماع حتى لا تطلق
زوجته الحية لان الميتة من جنس ما يحتمل الطلاق وقد كانت
محتملة للطلاق قبل موتها فصار كما اذا جمع بينها وبين اجنبية والله
الموفق واما الجهالة الطارية فهي ان يكون الطلاق مضافا الى معلومة
ثم تجهل كما اذا طلق الرجل امراة بعينها من نسائه ثلاثا ثم نسي المطلقة

وقد صرح الجواب عما ذكر محمد بان الجمع انما يوجب الشك فيما يحتمل الطلاق لا فيما لا يحتمله م

والكلام

والكلام في هذا الفصل في موضعين احدهما في بيان كيفية هذا التصرف
والثاني في بيان احكامه اما الاول فلا خلاف في ان الواحدة منهن
طالق قبل البيان لانه اضاف الطلاق الى معينة وانما طرت الجهالة بعد
ذلك والمعينة محل الوجوب لوقوع الطلاق فيكون البيان هاهنا اظهارا
وتعيينا لمن وقع عليها الطلاق واما الاحكام المتعلقة به فنوعان
ايضا على ما مر اما الذي يتعلق به في حال حياة الزوج فهو انه لا يحل له
ان يطا واحدة منهن حتى يعلم التي طلقها فيجتنبها لان احداهن محرمة
بيقين وكل واحدة منهن يحتمل ان تكون المحرمة فاذا وطي واحدة منهن
وهو لا يعلم بالمحرمة فربما وطي المحرمة والاصل فيه ما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لوابصة بن سعيد الحلال بين والحرام بين
وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ولا يجوز ان يطلق
واحدة منهن بالتحري والاصل فيه ان كل ما لا يباح عند الضرورة
لا يجوز فيه التحري والفرج لا يباح عند الضرورة فلا يجوز فيه التحري
بخلاف الذكية اذا اختلطت بالميتة انه يجوز التحري في الجملة وهي
ما اذا كانت الغلبة للذكية عندنا لان الميتة مما يباح عند الضرورة
فان جحدت كل واحدة منهن ان تكون المطلقة فاستعدين عليه للحاكم
في النفقة والجماع اعدا عليه وحبسه حتى يبين التي طلق منهن
ويلزمه النفقة لهن ولكل واحدة منهن حق المطالبة بحقوق النكاح
ومن عليه الحق اذا امتنع من الايفا مع قدرته عليه يحبس كمن امتنع
من قضا دين عليه وهو قادر على قضايه فيحبسه الحاكم ويقضي
بنفقتهن عليه لان النفقة من حقوق النكاح فان ادعت كل واحدة
منهن انها هي المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج فعليه اليمين لكل
واحدة منهن لان الاستحلاف للنكول والنكول بذل او اقرار والطلاق
يحتمل البذل والاقرار فيستحلف فيه فان ابى ان يحلف فرق بينه وبينهن
لانه بذل الطلاق لكل واحدة منهن او اقر به والطلاق يحتمل كل واحدة
منهن وان حلف لهن لا يسقط عنه البيان بل لا بد ان يبين لان
الطلاق لا يرتفع باليمين فبقي ما كان عليه فيوخذ بالبيان وروى ابن
سماعة عن محمد انه قال اذا كانتا امراتين فحلف للاولى طلقت التي لم
يحلف لها لانه لما انكر الاولى ان تكون مطلقة تعينت الاخرى للطلاق ضرورة

وان لم يحلف للاولي طلقت لانه بالنكول بذل الطلاق او اقر به فان تشاحا
علي اليمين حلفه لهما جميعا بالله ما طلق واحدة منهما لانهما استويا في
الدعوي ويمكن ايفا حقهما معا فيحلف لهما معا فان حلف لهما حجبه
عنهما حتي يتبين لان احديهما قد بقيت مطلقة بعد الحلف اذ الطلاق
لا يرتفع باليمين فكانت احديهما محرمة فلا يمكن منهما الي ان يتبين فان
وطي احديهما فالتي لم يطا مطلقة لان فعله محمول علي الجواز ولا يجوز
الا بالبيان فكان الوطي بيانا ان الموطوءة منكوحة فتعينت الاخري للطلاق
ضرورة انتفا المزاحم كما لو قال لهما احديكما طالق ثم وطي احداهما واذا طلق
واحدة من نسايه بعينها ثم نسيها ولم يتذكر فينبغي فيما بينه وبين
الله تعالي ان يطلق كل واحدة منهن تطليقة رجعية ويتركها حتي
تنقضي عدتها فتبين لانه لا يجوز له ان يمسكهن فيقربهن جميعا لان
احداهن محرمة بيقين ولا يجوز ان يطا واحدة منهن بالتحري لانه
لا مدخل للتحري في الفروج ولا يجوز له ان يتركهن بغير بيان لما فيه من
الاضرار بهن في ابطال حقوقهن منه ومن غيره بالنكاح اذ لا يحل لهن
النكاح لان كل واحدة منهما تحتمل ان تكون منكوحة فيتوقف علي كل واحدة
منهن تطليقة رجعية ويتركها حتي تنقضي عدتها فتبين واذا انقضت
عدتهن فبن فان اراد ان يتزوج الكل في عقد واحد قبل ان يتزوجن
لم يجز لان واحدة منهن مطلقة ثلاثا بيقين وان اراد ان يتزوج واحدة
منهن فالاحسن ان لا يتزوج بها الا بعد ان يتزوجن كلهن بزوج اخر
لجواز ان تكون التي تزوجها هي المطلقة ثلاثا فلا تحل له حتي تنكح زوجا غيره
فاذا تزوجن بغيره فقد حللن بيقين فلو انه تزوج واحدة منهن قبل
ان يتزوجن بغيره جاز نكاحها لان فعله يحمل علي الجواز والصحة ولا يجوز
الا بالبيان فكان اقدامه علي نكاحها بيانا انها ليست بمطلقة بل هي منكوحة
وكذا اذا تزوج الثالثة والثانية جاز لما قلنا وتعينت الرابعة للطلاق
ضرورة انتفا المزاحم وكذا اذا كانتا اثنتين فتزوج احداهما تعينت الاخري
للطلاق لانا نحمل نكاح التي تزوجها علي الجواز ولا جواز له الا بتعيين الاخري
للطلاق فتتعين الاخري للطلاق ضرورة هذا اذا كان الطلاق ثلاثا فان
كان باينا ينكحهن جميعا نكاحا جديدا ولا يحتاج الي الطلاق وان كان رجعيا
يراجعهن جميعا واذا كان الطلاق ثلاثا فماتت واحدة منهن قبل البيان

فالاحسن

فالاحسن ان لا يطا الباقيات الا بعد بيان المطلقة لجواز ان تكون المطلقة
فيهن وان وطيهن قبل البيان جاز لان فعل العاقل المسلم يحمل علي الجواز
ما امكن وها هنا امكن بان يحمل فعله علي انه تذكر ان المبينة كانت
هي المطلقة اذ البيان في الجهالة الطارية اظهار وتعيين لمن وقع عليها
الطلاق بلا خلاف فلا تكون حياتها شرطا لجواز بيان الطلاق فيها
واذا تعينت هي للطلاق تعينت الباقيات للنكاح فلا يمنع من
وطيهن بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن انها لا تتعين
للطلاق لان الطلاق هناك يقع عند وجود الشرط وهو البيان مقصورا
عليه والمحل ليس بقابل لوقوع الطلاق وقت البيان ثم البيان ضربان
نص ودلالة اما النص فهو ان يبين المطلقة نصا فيقول هذه التي
كنت طلقتها واما الدلالة فهو ان يفعل او يقول ما يدل علي البيان مثل
ان يطا واحدة او يقبلها او يطلقها او يحلف بطلاقها او يظاهر منها
فان كانتا اثنتين تعينت الاخري للطلاق لان فعله يحمل علي الجواز ولا
يجوز الا بتعيين الاخري للطلاق فكان الاقدام عليه تعيينا للاخري
للطلاق ضرورة وكذا اذا قال هذه منكوحة تتعين الاخري للطلاق ضرورة
وان كن ثلاثا او اربعا تعينت الباقيات لكون المطلقة فيهن فتتعين
بالبيان نصا او دلالة بالفعل او بالقول علي ما مر بيانه في الفصل الاول
ولو كن اربعا ولم يدخل بهن فتزوج اخري قبل البيان جاز لان الطلاق
واقع في احديهن فكان هذا نكاح الرابعة فلا يتحقق الجمع بين الخمس
فيجوز وان كن مدخولا بهن لا يجوز لانه يتحقق الجمع لقيام النكاح من وجه
لقيام العدة ولو كان الطلاق في الصحة فبين في واحدة منهن في مرضه
ثم مات لم ترثه لان البيان ها هنا اظهار وتعيين لمن وقع عليه الطلا
والوقوع كان في الصحة فلا ترث بخلاف الفصل الاول واما الذي
يتعلق به بعد موت الزوج فانواع ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم
العدة والفصلان لا يختلفان في هذه الاحكام فما عرفت من الجواب في
الاول فهو الجواب في الثاني والله اعلم

كتاب الظهار

يحتاج في هذا الكتاب الي معرفة ركن الظهار والي معرفة شرايط الركن
والي معرفة حكم الظهار والي معرفة ما ينتهي به حكمه والي معرفة كفارة
الظهار اما ركن الظهار فهو اللفظ الدال علي الظهار والاصل فيه قول

الرجل لامراته انت علي كظهر امي يقال ظاهر الرجل من امراته واظاهر وتظاهر
واظهر وتظهر اي قال لها انت علي كظهر امي ويلحق به قوله انت
علي كبطن امي او فخذ امي او فرج امي لان معنى الظهار تشبيه الحلال
بالحرام ولهذا وصف الله تعالى بكونه منكرا من القول وزورا فقال في اية
الظهار وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وبطن الام وفخذها في
الحرمة مثل ظهرها ولفرجها مزيد حرمة فتزداد جنايته فيكون قوله
منكرا وزورا فتاكد الجزا وهو الحرمة فصل واما الشرايط فانواع
بعضها يرجع الى المظاهر وبعضها يرجع الى المظاهر منها اما الذي يرجع
الى المظاهر فانواع منها ان يكون عاقلا اما حقيقة او تقديرا فلا
يصح ظهار المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم الحرمة وخطاب
التحريم لا يتناول من لا يعقل ومنها ان لا يكون معتوها ولا مدهوشا
ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نايما فلا يصح ظهارهم كما لا يصح طلاقهم
وظهار السكران كطلاقه وهو على التفصيل الذي ذكرناه في كتاب
الطلاق ومنها ان يكون بالغا فلا يصح ظهار الصبي وان كان عاقلا
لما مر في المجنون ولان الظهار من التصرفات الضارة المحضة فلا يملكه
الصبي كما لا يملك الطلاق والعتاق وغيرهما من التصرفات التي هي
ضارة محضة ومنها ان يكون مسلما فلا يصح ظهار الذمي وهذا
عندنا وعند الشافعي رحمه الله اسلام المظاهر ليس بشرط لصحة
ظهاره ويصح ظهار الذمي واحتج بعموم قوله تعالى والذين يظهرون
من نسايهم من غير فصل بين المسلم والكافر ولان الكافر من اهل
الظهار لان حكمه الحرمة والكفار مخاطبون بشرايع هي حرمات
ولهذا كان اهلا للطلاق كذا الظهار ولنا ان عمومات النكاح
تقتضي حل الزوجات على الازواج نحو قوله تعالى والذين هم لفروجهم
حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين
وقوله نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شيتم والظهار لا يوجب زوال
النكاح والزوجية لان لفظ الظهار لا ينبي عنه ولهذا لا يحتاج الى تجديد
النكاح بعد الكفارة الا ان المسلم صار مخصوصا فمن ادعى تخصيص الذمي
يحتاج الى الدليل ولان حكم الظهار حرمة موقتة بالكفارة او تحرير يخلفه
الصوم والكافر ليس من اهل هذا الحكم فلا يكون من اهل الظهار وقد خرج الجواب

عما ذكره من المعنى واما اية الظهار فانها تتناول المسلم لدلايل احدها
ان اول الاية خاص في حق المسلمين وهو قوله الذين يظهرون منكم من
نسايهم وقوله منكم كناية عن المسلمين الا ترى الى قوله والله لعفو غفور
والكفر غير جايز المغفرة وقوله والذين يظهرون من نسايهم بنا على
الاول والثاني ان فيها امر بتحرير يخلفه الصيام اذا لم يجد الرقبة والصيام
يخلفه الطعام اذا لم يستطع وكل ذلك لا يتصور الا في حق المسلم والثالث
ان المسلم مراد من هذه الاية بلا شك والمذهب عندنا ان العام يبنى على
الخاص ومتى بني العام على الخاص خرج المسلم من عموم الاية ولم يقل به
احد واما كونه حرا فليس بشرط لصحة الظهار فيصح ظهار العبد لان
الظهار تحريم والعبد من اهل التحريم الا ترى انه يملك التحريم بالطلاق
فكذا بالظهار ولعموم قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم فان قيل هذه
الاية لا تتناول العبد لانه جعل حكم الظهار التحرير بقوله تعالى فتحرير
رقبة والعبد ليس من اهل التحرير فلا يكون من اهل حكم الظهار فلا يكون من
اهل الظهار فلا يتناوله نص الظهار فالجواب انه ممنوع انه جعل التحرير
حكم الظهار على الاطلاق بل جعل حكمه في حق من وجد فاما في حق من لم
يجد فانما جعل حكمه الصيام بقوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
والعبد غير واجد لانه لا يكون واجدا الا بالملك والعبد ليس من اهل الملك
فلا يكون واجدا فلا يكون الاعتاق حكم الظهار في حقه اذ لا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يكون له التكفير بالاعتاق
وكذا بالاطعام اذ الاطعام على وجه التمليك او الاباحة ولا يتحقق بدون
الملك ولو كفر العبد بهما باذن مولاه او المولى كفر عنه بهما لم يجز لان
الملك لم يثبت له فلا يقع الاعتاق والاطعام عنه بخلاف الفقير اذا اعتق
عنه غيره او اطعم انه يجوز لان الفقير من اهل الملك فيثبت الملك له اولا
ثم يودي عنه بطريق النيابة والعبد ليس من اهل الملك فلا يملك المودا
فلا يجزيه في الكفارة الا الصيام وليس لمولاه ان يمنعه من صيام الظهار
بخلاف صيام النذر وكفارة اليمين لان للمولى ان يمنعه عن ذلك لان
صوم الظهار قد تعلق به حق المراة لانه يتعلق به استباحة وطيها الذي
تستحقه بعقد النكاح وكان منعه اياه عن الصيام منعا له عن ايفاء حق مستحق
للغير فلا يملك ذلك بخلاف صوم النذر واليمين لانه لم يتعلق به حق احد

فكان العبد بالصوم متصرفا في المنافع المملوكة لمولاه من غير اذنه ولا حق لاحد
فيه فكان له منعه عن ذلك وسوا كان العبد قنا او مدبرا او ام ولد او
مكاتبا او مستسعا على اصل ابي حنيفة لما قلنا وكذا كونه جادا طايعا
او عامدا ليس بشرط لصحة الظهار حتى يصح ظهار الهازل كما يصح طلاقه
وكذا كونه طايعا او عامدا ليس بشرط عندنا فيصح ظهار المكره والخاطي
كما يصح طلاقه واما عند الشافعي فلا يصح ظهارهما كما لا يصح طلاقهما
وهذه من مسايل الاكراه وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير
مظاهرا بالكتابة المستبينة والاشارة المعلومة من الاخرس وكذا الخلو
عن شرط الخيار ليس بشرط فيصح ظهار شارط الخيار لما ذكرنا في كتاب
الطلاق واما كون المظاهر رجلا فهل هو شرط صحة الظهار قال ابو
يوسف رحمة الله عليه ليس بشرط وقال محمد شرط حتى لو قالت المراة لزوجها
انت علي كظهر ابي نظهر تصير مظاهرة عند ابي يوسف وعليها كفارة
الظهار وعند محمد لا تصير مظاهرة ولم يحكي قولهما الحسن بن زياد
فقال هما شيخا الفقه اخطا عليها كفارة اليمين اذا وطيها زوجها
وجه قول الحسن ان الظهار تحريم فيصير كانها قالت لزوجها انت
علي حرام ولو قالت ذلك لزمتها الكفارة اذا وطيها كذا هذا وجه قول
محمد ان الظهار تحريم بالقول والمراة لا تملك التحريم بالقول الا ترى
انها لا تملك الطلاق فكذا الظهار ولابي يوسف ان الظهار تحريم وهي
من اهل الكفارة فكانت من اهل الظهار والله اعلم ومنها النية عند ابي
حنيفة وابي يوسف في بعض انواع الظهار دون بعض وبيان ذلك
انه لو قال لامراته انت علي كظهر امي كان مظاهرا سوا نوى الظهار او لا
نية له اصلا لان هذا صريح في الظهار اذ هو ظاهر المراد مكشوف
المعنى عند السماع بحيث يسبق الى افهام السامعين فلا يفتقر الى النية
كصريح الطلاق في قوله انت طالق وكذا اذا نوى الكرامة او المنزلة او
الطلاق او تحريم اليمين لا يكون الا ظهارا لان هذا صريح في الظهار وهو ظاهر
المراد عند السماع بحيث يسبق الى افهام السامعين فلا يفتقر الى النية
فاذا اراد به غيره فقد اراد صرف اللفظ عما وضع له الى غيره فلا ينصرف
اليه كما اذا قال لامراته انت طالق ونوى به الطلاق عن الوثاق او الطلاق
عن العمل لانه لا ينصرف اليه ويقع الطلاق لما قلنا كذا هذا ولو قال

اردت

غيره / شرط م / ينتفع بالكفارة صح / لو / اللفظ م

اردت به الاخبار عما مضى كذبا لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر
لان هذا اللفظ في الشرع جعل انشا فلا يصدق في ارادة الاخبار عنه كقوله
انت طالق اذا اراد به الاخبار عن الماضي كاذبا ولا يسع المراة ان تصدقه
كما لا يسع القاضي لان القاضي انما لا يصدقه لادعايه خلاف الظاهر
وهذا موجود في حق المراة وتصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى
ما يحتمله كلامه وكذا اذا قال انا منك مظاهر او ظاهرتك فهو مظاهر
نوى الظهار او لا نية له لان هذا اللفظ صريح في الظهار ايضا مكشوف
المراد عند السماع فلا يفتقر الى النية واي شي نوى لا يكون الا ظهارا وان
اراد به الخبر عن الماضي كاذبا لا يصدق قضا ويصدق ديانة لما
قلنا كما لو قال انت مطلقة او قد طلقتك وكذا لو قال انت علي كبطن
امي او كفخذ امي او كفرج امي فهذا وقوله انت علي كظهر امي على السوا
لانه يجري مجرى الصريح لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لها انت علي كامي
او مثل امي يرجع الى نيته فان نوى به الظهار كان ظهارا وان نوى
به الكرامة كان كرامة وان نوى به الطلاق كان طلاقا وان نوى به
اليمين كان ايلا لان اللفظ يحتمل كل ذلك اذ هو تشبيه المراة بالام
فيحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة اي انت علي في المنزلة والكرامة
كامي ويحتمل التشبيه في الحرمة ثم يحتمل ذلك حرمة الظهار ويحتمل
حرمة الطلاق ويحتمل حرمة اليمين فاي ذلك نوى فقد نوى ما
يحتمله لفظه فيكون على ما نوى وان لم يكن له نية لا يكون ظهارا عند ابي
حنيفة وهو قول ابي يوسف الا ان عند ابي حنيفة لا يكون شيا وعند ابي يوسف
يكون تحريم اليمين وعند محمد ظهارا احتج محمد بقوله تعالى في اية
الظهار ردا على المظاهرين ما هن امهاتهم ذكر الام ولم يذكر ظهر الام
فدل ان تشبيه المراة بالام وهو قوله انت علي كامي ظهار حقيقة
كقوله انت علي كظهر امي بل اولى لان قوله انت علي كظهر امي تشبيه
المراة بعضو من اعضايها وقوله انت علي كامي تشبيه بكلها ثم ذلك لما
كان ظهارا فهذا اولى ولان كاف التشبيه تختص بالظهار فعند الاطلاق
يحمل قوله عليه ولابي حنيفة وابي يوسف ان هذا اللفظ يحتمل الظهار
وغيره احتمالا على السوا لما ذكرنا فلا يتعين الظهار الا بدليل معين ولم
يوجد الا ان ابا يوسف يقول يحمل على تحريم اليمين لان الظاهر انه اراد

القاضي / الام / يكون صح

وكذا اذا قال انت مني كظهر امي او عندي او معي فهو مظاهر لان هذه الحروف متقاربة المعاني فيقوم بعضها مقام بعض صح

بهذا التشبيه التشبيه في التحريم وقد يحتمل الطلاق وتحريم اليمين الا ان
تحريم اليمين ادنى فيحمل عليه والجواب انا لا نسلم انه اراد به التشبيه
في التحريم بل هو محتمل يحتمل الحرمة وغيرها فلا يتعين التحريم من غير
دليل مع ان معنى الكرامة والمنزلة ادنى فيحمل مطلق التشبيه عليه
وما ذكره محمد رحمه الله ان الله تعالى ذكر الامهات لا ظهور الامهات
قلنا هذا لا يدل على ان التشبيه بالام ظهار حقيقة لانه لو كان كذلك
لقال ما هن امهاتهم لانه شبهها بالام لانه اثبت الامومية لها ولو قال
انت علي حرام كامي حمل على نيته لانه اذا ذكر مع التشبيه التحريم لم
يحتمل معنى الكرامة فتعين التحريم ثم هو محتمل يحتمل الظهار والايلاء فيرجع
الى نيته فان لم يكن له نية يكون ظهارا لان حرف التشبيه يختص بالظهار
فمطلق التحريم يحمل عليه ولو قال انت علي حرام كظهر امي فان نوى
الظهار او لا نية له اصلا فهو ظهار وان نوى الطلاق لم يكن الا ظهارا
في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يكون طلاقا وروي عن
ابي يوسف انه يكون طلاقا وظهارا جميعا وجه قولهما ان قوله انت
علي حرام يحتمل الطلاق كما يحتمل الظهار فاذا نوى به الطلاق فقد
نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته وابو حنيفة يقول لما قال بعد
قوله حرام كظهر امي فقد فسر التحريم بتحريم الظهار فزال الاحتمال
فكان صريحا في الظهار فلا تعمل فيه النية وما روي عن ابي يوسف
غير سديد لانه حمل اللفظ الواحد على معنيين مختلفين واللفظ الواحد
لا ينتظم معنيين مختلفين ولو قال انت علي كالميتة او كالدم او كالخمر
او كلحم الخنزير رجع الى نيته فان نوى الطلاق كان طلاقا وان نوى
التحريم او لا نية له يكون يمينا ويصير موليا وان قال عنيت به الكذب
لم يكن شيا ولا يصدق في نفي اليمين في القضا وقد ذكرنا هذه المسلة
في كتاب الطلاق في فصل الايلا والله اعلم فصل واما الذي
يرجع الى المظاهر منه فمنها ان تكون زوجته وهي ان تكون مملوكة له بملك
النكاح فلا يصح الظهار من الاجنبية لعدم الملك ويصح ظهار زوجته
تنجيزا وتعليقا واضافة الى وقت بان قال لها انت علي كظهر امي راس
شهر كذا لقيام الملك وتعليقا في الملك بان قال لها ان دخلت الدار او ان كلمت
فلانا فانت علي كظهر امي حتى لو تزوجها صار مظاهرا عندنا لوجود الاضافة

الى سبب الملك وعنده لا يصح لعدم الملك للحال ولو قال لاجنبية انت
علي كظهر امي حتى تزوجها فدخلت الدار لا يصير مظاهرا بالاجماع
لانعدام الملك والاضافة الى سبب الملك وعلى هذا يخرج الظهار من
الامة والمدبرة وام الولد وولد ام الولد والمكاتبة والمستسعاة على اصل
ابي حنيفة انه لا يصح لعدم الزوجية ثم انما كانت الزوجية شرط الصحة
الظهار لان ثبوت الحرمة بالظهار امر ثبت تعبدا غير معقول
المعنى لان قوله انت علي كظهر امي تشبيه المراة بالام وانه محتمل
يحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة ويحتمل التشبيه في الحرمة ثم التشبيه
في الحرمة محتمل ايضا يحتمل حرمة الظهار وهي الحرمة الموقتة بالكفارة
ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين وهذه الوجوه كلها في احتمال
اللفظ سوا فلا يجوز تنزيله على بعض الوجوه من غير دليل معين الا ان
هذه الحرمة ثبتت شرعا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد الشرع
وهي الزوجة قال الله تعالى والذين يظهرون من نسايهم والمراد منه
الزوجات كما في قوله تعالى للذين يولون من نسايهم وقوله وامهات
نسايكم وقوله نساوكم حرث لكم ونحو ذلك وسوا كانت الزوجة حرة
او امة قنة او مدبرة او ام ولد او ولد ام ولد او مكاتبة او مستسعاة على
اصل ابي حنيفة لعموم قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم ومنها
قيام ملك النكاح من كل وجه فلا يصح الظهار من المطلقة ثلاثا ولا
من المبانة والمختلعة وان كانت في العدة بخلاف الطلاق لان المختلعة
والمبانة يلحقها صريح الطلاق لان الظهار تحريم وقد ثبتت الحرمة
بالابانة والخلع وتحريم المحرم محال ولانه لا يفيد لان الثاني لا يفيد الا ما
افاده الاول فيكون عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة بخلاف الطلاق
لان الطلاق ازالة حل المحلية وانه قايم بعد الابانة فلم يكن اثبات الثابت
فلم يكن مستحيلا وكذا الثاني يفيد غير ما افاده الاول وهو نقصان
العدد فهو الفرق بين الفصلين ولذا اذا علق الظهار بشرط ثم ابانها
قبل وجود الشرط ثم وجد الشرط وهي في العدة انه يلحقها البائن المعلق
لما ذكرنا ان الظهار تحريم والمبانة محرمة فلو لحقها الظهار بيمين كانت
قبل الابانة لكان تحريم المحرم وانه مستحيل ثم هو غير مفيد فاستوى فيه
الظهار المبتدا والمعلق بشرط بخلاف البينونة المعلقة بشرط لان ثبوتها

بعد تنجيز الابانة غير مفيد ايضا وهو نقصان العدد والله الموفق
ومنها ان يكون الظهار مضافا الى بدن الزوجة او الى عضو منها جامع
او شايع وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وتصح الاضافة
اليها والى كل عضو منها وعلى هذا يخرج ما اذا قال لها راسك علي كظهر امي
او وجهك او رقبتك او فرجك انه يصير مظاهرا لان هذه الاعضا يعبر
بها عن جميع البدن فكانت الاضافة اليها اضافة الى جزء البدن وكذا
اذا قال لها ثلثك علي كظهر امي او ربعك او نصفك ونحو ذلك من
الاجزا الشايعة ولو قال يدك او رجلك او اصبعك لا يصير مظاهرا عندنا
خلافا للشافعي واختلف مشايخنا في الظهر والبطن وهذه الجملة قد
مرت في كتاب الطلاق واما الذي يرجع الى المظاهر به فمنها ان يكون
من جنس النسا حتى لو قال لها انت علي كظهر ابي او ابني لا يصح لان الظهار
عرف موجبا للحرمة بالشرع والشرع انما ورد بها فيما اذا كان المظاهر به امراة
ومنها ان يكون عضوا لا يحل له النظر اليه من الظهر والبطن والفرج
والفخذ حتى لو شبهها براس امه او بوجهها او يدها او رجلها لا يصير
مظاهرا لان هذه الاعضا من امه يحل النظر اليها ومنها ان تكون هذه
الاعضا من امراة يحرم نكاحها عليه على التابيد سوا حرمت عليه بالرحم
كالام والبنت والاخت او بنت الاخ والاخت والعمة والخالة او بالرضاع او
بالصهرية كامراة ابيه وحليلة ابنه لانه يحرم عليه نكاحهن على التابيد
التابيد وكذا ام امراته سوا كانت امراته مدخولا بها او غير مدخول بها
لان نفس العقد على البنت محرم للام فكانت محرمة عليه على التابيد
واما بنت امراته فان كانت امراته مدخولا بها فكذلك لانه اذا دخل بها
فقد حرمت عليه ابنتها على التابيد وان كانت غير مدخول بها لا يصير
مظاهرا لعدم الحرمة على التابيد ولو شبهها بظهر امراة زنا بها ابوه
او ابنه قال ابو يوسف هو مظاهر وقال محمد ليس بمظاهر بنا على ان قاضيا
لو قضى بجواز نكاح امراة زنا بها ابوه او ابنه لا ينفذ قضاوه عند ابي يوسف
حتى لو رفع الى قاض اخر ابطله فكانت محرمة النكاح على التابيد وعند
محمد ينفذ قضاوه وليس للقاضي الثاني ان يبطله اذا رفع اليه فلم تكن محرمة
على التابيد وجه قول ابي يوسف ان حرمة نكاح موطوة الاب منصوص
عليها قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا لان النكاح في اللغة الضم

فصل

وحقيقة

وحقيقة الضم في الوطء فلم يكن هذا محل الاجتهاد اذ الاجتهاد المخالف للنص
باطل فالقضا بالجواز يكون مخالفا للنص فكان باطلا بخلاف ما اذا شبهها
بامراة قد فرق بينه وبينها باللعان انه لا يكون مظاهرا وان كان لا يجوز نكاحها
عندي لانه لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز لان حرمة نكاحها عليه غير منصوص
عليه فلم تكن محرمة على التابيد وجه قول محمد ان جواز نكاح هذه المراة
مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد فانه جايز عند الشافعي وقد ظهر الاختلاف فيه في
السلف فكان محل الاجتهاد وظاهر النص يحتمل التاويل فكان للاجتهاد فيه مسا
وللراي مجال ولو شبهها بظهر امراة هي ام المزني بها او بنت المزني بها لم يكن
مظاهرا لان هذا فصل مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد في السلف فلم تكن المراة المظا
بها محرمة على التابيد فان قبل او مس اجنبية بشهوة او نظر الى فرجها ثم شبه
زوجته بها لم يكن مظاهرا عند ابي حنيفة قال ولا يشبه هذا الوطء او الوطء ابين
واظهر عني بذلك انه لو شبه زوجته ببنت موطوته لا يصير مظاهرا فهذا
اولى وعند ابي يوسف يكون مظاهرا لان الحرمة بالنظر منصوص عليها قال
النبي صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امراة ونظر الى فرجها حرمت عليه امها
وابنتها وعلى هذا يخرج ما اذا شبهها بامراة محرمة عليه في الحال وهي ممن
تحل له في حال اخرى كاخت امراته او امراة لها زوج او مجوسية او مرتدة لا يكون
مظاهرا لانها غير محرمة على التابيد والله الموفق فصل واما حكم الظهار
فللظهار احكام منها حرمة الوطء قبل التكفير لقوله تعالى والذين يظهرون
من نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا اي فليحرروا
كما في قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن اي ليرضعن وقوله والمطلقات
يتربصن بانفسهن اي ليتربصن امر المظاهر بتحرير رقبة قبل المسيس
فلو لم يحرم الوطء قبل المسيس لم يكن للامر بتقديم التحرير قبل المسيس معنى
وهو كقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم
صدقة وانه يدل على حرمة النجوى قبل الصدقة اذ لو لم يحرم لم يكن للامر
بتقديم الصدقة على النجوى معنى فكذا هذا وروي ان سلمة ابن صخر البياضي
ظاهر من امراته ثم ابصرها في ليلة قمرا وفي رجلها خلخال فضة فاعجبته
فوطيها فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام
استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر امره بالاستغفار والاستغفار انما يكون
عن الذنب فدل على حرمة الوطء وكذا نهي المظاهر عن العود الى الجماع ومطلق

لان م

لان التقبيل واللمس والنظر الى الفرج
سبب يفضي الى الوطء فكان دون
حقيقة الوطء فلما لم يصر مظاهرا
بذلك فهذا اولى ض

النهي للتحريم فيدل على حرمة الجماع قبل الكفارة وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال اذا قال انت علي كظهر امي لم تحل له حتى يكفر ومنها حرمة الاستمتاع
بها من المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر الى فرجها عن شهوة
قبل ان يكفر لقوله تعالى من قبل ان يتماسا واحق ما يقع عليه اسم المس هو اللمس
باليد اذ هو حقيقة لهما جميعا اعني الجماع واللمس باليد لوجود معنى المس
فيهما ولان الاستمتاع داع الى الجماع فاذا حرم الجماع حرمت الدواعي اليه
اذ لو لم تحرم لادى الى التناقض ولهذا حرم في الاستبرا والاحرام بخلاف باب
الحيض والنفاس لان الاستمتاع هناك لا يفضي الى الجماع لوجود المانع وهو
استعمال الاذى فامتنع عمل الداعي للتعارض فلا يفضي الى الجماع ولان
هذه الحرمة انما حصلت بتشبيه امراته بامه وكانت قبل اتيانها
بالتكفير وحرمة الام سوا وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع كذا هذه ولان
الظهار كان طلاق البدن في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل الى
تحريم الفعل وكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقا النكاح كحرمة
الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح وتلك الحرمة تعم كل البدن كذا هذه ولا
ينبغي للمراة اذا ظاهر منها زوجها ان تدعه يقربها بالوطي والاستمتاع
حتى يكفر لان ذلك حرام عليه والتمكين من الحرام حرام ومنها ان للمراة ان
تطالبه بالوطي واذا طالبته به فعلى الحاكم ان يجبره حتى يكفر ويطا
لانه بالتحريم بالظهار اضر بها حيث منعها حقها في الوطي مع قيام الملك
فكان لها المطالبة بايفا حقها ودفع الضرر عنها وفي وسعه ايفا
حقها بازالة الحرمة بالكفارة فيجب عليه ذلك ويجبر عليه لو امتنع
ويستوي في هذه الاحكام جميع انواع الكفارات كلها الاعتاق والصيام
والاطعام اعني انه كما لا يباح له وطيها والاستمتاع بها قبل التحرير والصوم
لا يباح له قبل الاطعام وهذا قول عامة العلما وقال مالك ان كانت
كفارته الاطعام جاز له ان يطاها قبله لان الله تعالى ما شرط تقديم هذا
النوع على المسيس في كتابه وانما شرط في النوعين الاولين فقط
فيقتصر الشرط على الموضع المذكور ولنا انه لو ابيح له الوطي قبل
الاطعام فيطاوها ومن الجايز انه يقدر على الاعتاق او الصيام في خلال
الاطعام فتنتقل كفارته اليه فيتبين ان وطيها كان حراما فتجب
صيانته عن الحرام بايجاب تقديم فعل الاطعام احتياطا وعلى هذا يخرج ما اذا

ظاهر

ظاهر الرجل من اربع نسوة له ان عليه اربع كفارات سوا ظاهر منهن باقوال
مختلفة او بقول واحد وقال الشافعي اذا ظاهر بكلمة واحدة فعليه كفارة
واحدة وجه قوله ان الظهار احد نوعي التحريم فيعتبر بالنوع الاخر وهو
الايلا وهناك لا تجب الا كفارة واحدة بان قال لنسايه الاربع والله لا اقربكن
فقربهن فكذا ها هنا ولنا الفرق بين الظهار وبين الايلا وهو ان الظهار
وان كان بكلمة واحدة فانها تتناول كل واحدة منهن على حيالها فصار مظاهرا
من كل واحدة منهن والظهار تحريم لا يرتفع الا بالكفارة فاذا تعدد
التحريم تتعدد الكفارة بخلاف الايلا لان الكفارة ثمة تجب لحرمة اسم الله
تعالى جبرا لهتكه اسم الله والاسم اسم واحد فلا تجب الا كفارة واحدة وكذلك
اذا ظاهر من امراة واحدة باربعة اقوال يلزمه اربع كفارات لانه اتى باربع
تحريمات ولو ظاهر من امراة واحدة في مجلس واحد ثلاثا او اربعا فان
لم يكن له نية فعليه لكل ظهار كفارة لان كل ظهار يوجب تحريما لا يرتفع
الا بالكفارة فان قيل انها اذا حرمت بالظهار الاول فكيف تحرم بالثاني وانه
اثبات الثابت وانه محال ثم هو غير مفيد فالجواب ان الثاني ان كان لا
يفيد تحريما جديدا فانه يفيد تاكيد الاول فلئن تعذر اظهاره في
التحريم امكن اظهاره في التكفير فكان مفيدا فاين التكفير وان نوى به
الظهار الاول فعليه كفارة واحدة لان صيغته صيغة الخبر وقد يكرر
الانسان اللفظ على ارادة التغليظ والتشديد دون التجديد والظهار
لا يوجب نقصان العدد في الطلاق لانه ليس بطلاق ولا يوجب
البينونة وان طالت المدة لانه لا يوجب زوال الملك وانما يحرم الوطي
قبل التكفير مع قيام الملك وان جامعها قبل ان يكفر لا تلزمه كفارة اخرى
وانما عليه التوبة والاستغفار ولا يجوز له ان يعود ما لم يكفر لما روينا ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لذلك الرجل الذي ظاهر من امراته فواقعها
قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر امره بالاستغفار لما
فعل لا بالكفارة ونهاه عن العود اليه الا بتقديم الكفارة عليه واما بيان
ما ينتهي به حكم الظهار او يبطل فحكم الظهار ينتهي بموت احد الزوجين
لبطلان محل حكم الظهار ولا يتصور بقا شي في غير محله وينتهي بالكفارة
وبالوقت ان كان موقتا وبيان ذلك ان الظهار لا يخلو اما ان كان مطلقا
واما ان كان موقتا فالمطلق كقوله انت علي كظهر امي وحكمه لا ينتهي الا بالكفارة

نهاه عن الجماع م

لقوله صلى الله عليه وسلم لذلك المظاهر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ومدة
الى غاية التكفير فيمتد اليها ولا يبطل ببطلان ملك النكاح ولا ببطلان
حل المحلية حتى لو ظاهر منها ثم طلقها طلاقا باينا ثم تزوجها لا يحل له وطيها
والاستمتاع بها حتى يكفر وكذا اذا كانت زوجته امة فظاهر منها ثم
اشتراها حتى بطل النكاح بملك اليمين وكذا لو كانت حرة فارتدت عن
الاسلام ولحقت بدار الحرب فسبيت ثم اشتراها وكذا اذا ظاهر منها ثم
ارتد عن الاسلام في قول ابي حنيفة واختلفت الرواية عن ابي يوسف على
ما ذكرنا في الايلا وكذا اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى
الاول لا يحل له وطيها بدون تقديم الكفارة عليه لان الظهار قد انعقد
موجبا حكمه وهو الحرمة والاصل ان التصرف الشرعي اذا انعقد
مفيدا لحكمه وفي بقايه احتمال الفايدة او وهم الفايدة يبقى لفايدة
محتملة او موهومة اصله ان الاباق الطاري على البيع واحتمال العود
ها هنا قايم فيبقى واذا بقي بقي على ما انعقد عليه وهو ثبوت حرمة لا
ترتفع الا بالكفارة وان كان موقتا بان قال لها انت علي كظهر امي يوما
او شهرا او سنة صح التاقيت وينتهي بانتها الوقت بدون الكفارة عند
عامة العلما وهو احد قولي الشافعي وفي قوله الاخر وهو قول مالك
رحمه الله يبطل التاقيت ويتابد الظهار وجه قوله ان الظهار اخت
الطلاق اذ هو احد نوعي التحريم وتحريم الطلاق لا يحتمل التاقيت كذا
تحريم الظهار ولنا ان تحريم الظهار اشبه بتحريم اليمين من
الطلاق لان الظهار تحله الكفارة كاليمين تحلها الحنث ثم اليمين تتوقت
كذا الظهار بخلاف الطلاق لانه لا يحله شي فلا يتوقت والله اعلم

فصل واما بيان كفارة الظهار فالكلام فيه يقع في مواضع
في تفسير كفارة الظهار وفي بيان سبب وجوبها وفي بيان شرايط
وجوبها وفي بيان شرايط جوازها اما تفسيرها فما ذكره الله عز وجل
في كتابه من احد الانواع الثلاثة لكن على الترتيب الاعتاق ثم الصيام
ثم الاطعام واما سبب وجوب الكفارة فلا خلاف في ان الكفارة لا تجب
الا بعد وجود العود والظهار لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسايهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا غير انه اختلف في العود قبلهم
قال اصحاب الظواهر هو ان يكرر لفظ الظهار وقال الشافعي رحمه الله

هو

هو امساك المراة على النكاح بعد الظهار وهو ان يسكت عن طلاقها عقيب
الظهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه فاذا امسكها على النكاح عقيب الظهار
قدر ما يمكنه ان يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجبت عليه الكفارة على
وجه لا يحتمل السقوط بعد ذلك سوا غابت او ماتت واذا غاب فسوا
طلقها عقيب الظهار بلا فصل يبطل الظهار ولا تجب الكفارة لعدم امساك
المراة عقيب الظهار وقال اصحابنا العود هو العزم على وطيها عزما
موكدا حتى لو عزم ثم بدا له في ان لا يطاها لا كفارة عليه لعدم العزم الموكد
لا انه وجبت الكفارة بنفس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم لان الكفارة
بعد سقوطها لا تعود الا بسبب جديد وجه قول اصحاب الظواهر
التمسك بظاهر لفظ العود لان العود في القول عبارة عن تكراره قال الله
تعالى الم تر الى الذين نهوا عن النجوى ثم يعودون لما نهوا عنه فكان معنى
قوله ثم يعودون لما قالوا اي يرجعون الى القول فيكررونه وجه
قول الشافعي ان قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم ثم يعودون
لما قالوا يقتضي وجوب الكفارة بعد العود وذلك فيما قلنا الا فيما قلتم
فان عندكم لا تجب الكفارة وانما يحرم الوطي الى ان يودي الكفارة فترتفع
الحرمة وهذا خلاف النص ولنا ان قول القايل قال فلان كذا ثم
عاد لما قال في اللغة يحتمل ان يكون معناه عاد الى ما قال وفيما قال اي
كرره ويحتمل ان يكون معناه عاد لنقض ما قال فانه حكي ان اعرابيا تكلم بين
يدي الاصمعي بانه كان يبني بناء ثم يعود له فقال له الاصمعي ما اردت
بقولك اعود له فقال انقضه ولا يمكن حمله على الاول وهو التكرار لان الظهار لا يحتمل التكرار لان
التكرار اعادة عين الاول ولا يتصور ذلك في الاعراض لكونها مستحيلة
البقا فلا يتصور اعادتها وكذا النبي صلى الله عليه وسلم لما امر اوسا بالكفارة
لم يسال انه كرر الظهار ام لا ولو كان شرطا لسال لان الموضع موضع
الاشكال وكذا الظهار الذي كان متعارفا بين اهل الجاهلية لم يكن فيه
تكرار القول واذا تعذر حمله على الوجه الاول حمل على الوجه الثاني وهو
العود لنقض ما قالوا وفسخه وكان معناه ثم يرجعون عما قالوا وذلك
بالعزم على الوطي لان ما قال المظاهر هو تحريم الوطي فكان العود لنقضه
وفسخه استباحة الوطي وبهذا تبين فساد تاويل الشافعي للعود بامساك
المراة واستبقا النكاح لان امساك المراة لا يعرف عودا في اللغة ولا امساك

شي من الاشيا يتكلم فيه بالعود ولان الظهار ليس برفع النكاح حتى يكون العود
لما قالوا استبقا النكاح فبطل تاويل العود بالامساك على النكاح والدليل
على بطلان هذا التاويل ان الله تعالى قال ثم يعودون لما قالوا وثم للتراخي
فمن جعل العود عبارة عن استبقا النكاح وامساك المراة عليه فقد جعله
عايدا عقيب القول بلا تراخي وهذا خلاف النص اما قولها ان النص يقتضي
وجوب الكفارة وعندكم لا تجب الكفارة فليس كذلك بل عندنا تجب الكفارة
اذا عزم على الوطي كانه قال اذا عزمتم على الوطي فكفروا قبله كما قال تعالى
اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وقوله اذا ناجيتم الرسول
فقدموا ونحو ذلك واختلف ايضا في سبب وجوب هذه الكفارة قال
بعضهم انها تجب بالظهار والعود جميعا لان الله تعالى علقها بهما بقوله
والذين يظهرون من نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وقال
بعضهم سبب الوجوب هو الظهار والعود شرط لان الظهار ذنب لانه تعالى
ان الله تعالى جعله منكرا من القول وزورا والحاجة الى رفع الذنب والزجر
عنه في المستقبل ثابتة فتجب الكفارة رافعة للذنب او زاجرة عنه
والدليل عليه انه تضاف الكفارة الى الظهار لا الى العود يقال كفارة الظهار
والاصل ان الاحكام تضاف الى اسبابها لا الى شروطها وقال بعضهم سبب
الوجوب هو العود والظهار شرط لان الكفارة عبادة والظهار محظور
محضا فلا يصلح سببا لوجوب العبادة وقال بعضهم كل واحد منهما شرط
وسبب الوجوب امر ثالث وهو ان الكفارة طريقا متعينا لايفا الواجب وكونه
قادرا على الايفا لان ايفا حقها في الوطي واجب وتجب عليه في الحكم ان كانت
بكرا او ثيبا ولم يطاها مرة وان كانت ثيبا وقد وطيها مرة يجب فيما بينه
وبين الله تعالى ايضا لايفا حقها وعند بعض اصحابنا يجب في الحكم ايضا حتى
يجبر عليه ولا يمكنه ايفا الواجب الا برفع الحرمة ولا ترتفع الحرمة الا
بالكفارة فتلزمه الكفارة ضرورة ايفا الواجب على الاصل المعهود ان ايجاب
الشي ايجاب له ولما لا يتوصل اليه الا به كالامر باقامة الصلاة يكون امرا بالطهارة
ونحو ذلك والله اعلم واما شرط وجوبها فالقدرة على ادايها لاستحالة وجوب
الفعل بدون القدرة عليه فلا تجب على غير القادر وكذا العود او الظهار او
كلاهما على حسب الخلاف المشايخ فيه على ما مر واما شرط جوازها فلجواز
هذه الكفارة من الانواع الثلاثة اعني العتاق والصيام والاطعام شرايط

نذكرها

نذكرها في كتاب الكفارات ان شا الله تعالى **كتاب اللعان**
الكلام في اللعان يقع في مواضع في بيان صورة اللعان وكيفيته وفي بيان صفة
اللعان وفي بيان سبب وجوبه وفي بيان شرايط الوجوب والجواز وفي بيان
ما يظهر به سبب الوجوب عند القاضي وفي بيان معنى اللعان وما يتبعه شر عا
وفي بيان حكم اللعان وفي بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه
اذا سقط او لم يجب اصلا مع وجود القذف اما صورة اللعان وكيفيته
فالقذف لا يخلوا اما ان يكون بالزنا واما ان يكون بنفي الولد فان كان بالزنا
فينبغي للقاضي ان يقيمهما بين يديه متقابلين فيامر الزوج اولا ان يقول
اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في
المرة الخامسة علي لعنة الله ان كنت من الكاذبين ان تقول هي اربع مرات
اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة
غضب الله عليها ان كان من الصادقين هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يحتاج الى لفظ المواجهة فيقول الزوج فيما
رميتك به من الزنا وتقول المراة فيما رميتني به من الزنا وهو قول زفر
ووجهه ان خطاب المغايبة فيه احتمال لانه يحتملها ويحتمل غيرها ولا احتمال
في خطاب المواجهة فالاتيان بلفظ ~~المواجهة~~ لا احتمال فيه اولى والجواب
انه لما قال اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا واشار
اليها فقد زال الاحتمال لتعينها بالاشارة فكان لفظ المواجهة والمغايبة
فيه سوا وان كان بنفي الولد فقد ذكر الكرخي ان الزوج يقول في كل مرة
فيما رميتك به من نفي الولد وتقول المراة فيما رميتني به من نفي
ولدي وذكر الطحاوي ان الزوج يقول في كل مرة فيما رميتها من الزنا في
ولدها وتقول المراة فيما رماني به من نفي ولدي وروى هشام عن محمد رحمه
الله انه قال اذا لاعن الرجل بولد قال في اللعان اشهد بالله اني لمن الصادقين
فيما رميتها به من الزنا بان هذا الولد ليس مني وتقول المراة اشهد بالله انك
لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا بان هذا الولد ليس منك وذكر ابن
سماعة في نوادره انه اذا نفى الولد يشهد بالله الذي لا اله الا هو اني لصادق
فيما رميتها به الزنا ونفي هذا الولد قال القدوري وهذا ليس باختلاف
رواية وانما هو على اختلاف حال القذف فان كان القذف من الزوج بقوله
هذا الولد ليس مني يكتفي في اللعان ان يقول فيما رميتك به من نفي الولد لان

منه
فيما رميتها به من الزنا ثم يامر
المراة
فيما رماني به من الزنا صح
نفي صح

ما قذفها الا بنفي الولد وان كان القذف بالزنا ونفي ولدها لابد من ذكر الامرين
لان قذفها بالامرين جميعا وانما بدا بالرجل لقوله تعالى والذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهدا الا انفسهم فشهادة احدهم والفا للتعقيب
فتقتضي ان يكون لعان الزوج عقيب القذف فيقع لعان المراة بعد لعانه
وكذا روي انه لما نزلت اية اللعان واراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجري
اللعان على ذينك الزوجين بدا بلعان الرجل وهو قدوة ولان لعان الزوج
وجب حقا لها لان الزوج الحق بها العار بالقذف فهي بمطالبتها اياه باللعان
تدفع العار عن نفسها ودفع العار عن نفسها حقها وصاحب الحق اذا طالب
من عليه الحق باتفاحقه لا يجوز له التاخر كمن عليه الدين فان اخطا
الحاكم فبدا بالمراة ثم بالرجل فينبغي له ان يعيد اللعان على المراة لان اللعان
شهادة والمراة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح الا بعد وجود
شهادته ولهذا في باب الدعاوي يبدا بشهادة المدعي ثم بشهادة المدعى
عليه بطريق الدفع له لذا ها هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة
لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان ليس بشهادة بل هو
يمين ويجوز تقديم احد اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين انه لا
يلزم مراعاة الترتيب فيه بل يجوز تقديم احدهما ايما كان فكان تفريقه في
موضع الاجتهاد فينفذ والقيام ليس بشرط كذا روي الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله انه قال لا يضره قايما لاعن او قاعدا لان اللعان اما ان يعتبر فيه
معنى الشهادة واما ان يعتبر فيه معنى اليمين او يعتبر فيه المعنيان
جميعا والقيام ليس بلازم فيهما الا انه يندب لان رسول الله صلى الله عليه
وسلم ندب عاصما وامراته اليه فقال يا عاصم قم فاشهد بالله وقال
لامراته قومي فاشهدي بالله ولان اللعان من جانبه قايم مقام حد القذف
ومن جانبها قايم مقام حد الزنا والسنة في الحدود اقامتها على الاشتهار
والاعلان والقيام اقرب الى ذلك والله الموفق **فصل** واما صفة
اللعان فله صفات منها انه واجب عندنا وقال الشافعي ليس بواجب
انما الواجب على الزوج بقذفها الحد الا ان له تخليص نفسه عنه بالبينة او   أنه
باللعان والواجب على المراة اذا لاعن الزوج هو حد الزنا ولها ان تخلص نفسها
عنه باللعان حتى ان للمراة ان تخاصمه الى الحاكم وتطالبه باللعان عندنا واذا
طالبته يجبر عليه ولو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه كالممتنع من

قضا الدين فيحبس حتى يلاعن او يكذب نفسه وعنده ليس لها ولاية المطالبة
باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس لو امتنع بل يقام عليه الحد وكذا اذا التعن
الرجل تجبر المراة على اللعان ولو امتنعت تحبس حتى تلاعن او تقر بالزنا عند
نا وعنده لا تجبر ولا تحبس بل يقام عليها الحد احتج الشافعي بقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة
اوجب الحد على القاذف من غير فصل بين الزوج وغيره الا ان القاذف اذا كان
زوجا له ان يدفع الحد عن نفسه بالبينة ان كانت له بينة وان لم تكن يدفعه
باللعان فكان اللعان تخليصا له عن الحد وقوله ويدرؤا عنها العذاب ان
تشهد اربع شهادات بالله جعل لعانها دافعا لحد الزنا عنها اذ الدرء هو
الدفع لغة فدل ان الحد وجب عليها بلعانه ثم تدفعه بلعانها ولان بلعانه
يظهر صدقه في القذف لان الظاهر انه لا يلاعن الا ان يكون صادقا في
قذفه فيجب عليها الحد الا ان لها ان تخلص نفسها عنه باللعان لانها اذا
لاعنت وقع التعارض فلا يظهر صدق الزوج في القذف فلا يقام عليها
الحد ولنا قوله والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهدا الا انفسهم
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله اي فليشهد احدهم اربع شهادات
بالله فجعل موجب قذف الزوجات اللعان فمن اوجب الحد فقد خالف
النص ولان الحد انما يجب لظهور كذبه في القذف وبالامتناع عن اللعان لا   أمر حم
يظهر كذبه اذ ليس كل من امتنع من الشهادة او اليمين يظهر كذبه فيه
بل يحتمل انه امتنع عنه صونا لنفسه عن اللعن والغضب والحدود لا
تجب مع الشبهة فكيف تجب مع الاحتمال ولان الامتناع من اليمين بذل
واباحة والاباحة لا تجري في الحدود فان من اباح الحاكم ان يقيم عليه الحد
لا يجوز له ان يقيم واما اية القذف فقد قيل ان موجب القذف في الابتدا
كان هو الحد في الاجنبيات والزوجات جميعا ثم نسخ في الزوجات وجعل
موجب قذفهن اللعان باية اللعان والدليل عليه ما روي عن عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه انه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة فجا رجل
من الانصار فقال يا رسول الله ارايتم الرجل يجد مع امراته رجلا فان قتله   جلدتموه
قتلتموه وان تكلم به جلدتموه وان امسك امسك على غيظ ثم جعل يقول اللهم
افتح فنزلت اية اللعان دل قوله وان تكلم به جلدتموه على ان موجب قذف   جلدتموه
الزوجة كان الحد قبل نزول اية اللعان ثم نسخ في الزوجات باية اللعان فينسخ

نسخ الخاص العام
قضاء العام

الخاص المتاخر العام وهو مذهب عامة مشايخنا وعند الشافعي يبنى العام على
الخاص ويتبين ان المراد من العام ما وراء قدر الخاص سواكان الخاص لاحقا
او سابقا وسوا علم التاريخ وبينهما زمان يصلح للنسخ ام لا يصلح له او جهل
التاريخ بينهما فلم تكن الزوجات داخلة تحت اية القذف على قوله فكيف يصح
احتجاجه بها واما قوله تعالى ويدرا عنها العذاب فلا حجة له فيه لان
دفع العذاب يقتضي توجه العذاب لا وجوبه لانه حينيذ يكون رفعا لا
دفعا على انه يحتمل ان يكون المراد من العذاب هو الحبس اذ الحبس يسمي
عذابا قال الله تعالى في قصة الهدهد لاعذبنه عذابا شديدا قيل في
التفسير لاحبسنه وهذا لان العذاب ينبي عن معنى المنع يقال اعذب اي
امتنع من اللعان يحبس حتى يلاعن او يقر بالزنا فيدرا عنها العذاب وهو
الحبس باللعان فقلنا بموجب الاية ومنها انه لا يحتمل العفو والابرا والصلح
لانه في جانب الزوج قايم مقام حد القذف وفي جانبها قايم مقام حد
الزنا وكل واحد منهما لا يحتمل العفو والابرا والصلح لما نذكر في الحدود ان
شا الله تعالى وكذا لو عفت عنه قبل المرافعة او صالحته على مال لم يصح
وعليها رد بدل الصلح ولها ان تطالبه باللعان بعد ذلك كما في قذف
الاجنبي ومنها انه لا يجري فيه النيابة حتى لو وكل احد الزوجين
باللعان لا يصح التوكيل لما ذكرنا انه بمنزلة الحد فلا يحتمل العفو
والابرا والصلح كساير الحدود ولانه شهادة او يمين وكل واحد منهما لا
يحتمل النيابة فاما التوكيل بالبينة فجايز عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف لا يجوز ونذكر المسلة في باب الوكالة ان شا الله تعالى
فصل واما سبب وجوب اللعان فسبب وجوبه القذف
بالزنا وانه نوعان احدهما بغير نفي الولد والثاني بنفي الولد اما الذي
بغير نفي الولد فهو ان يقول لامراته يا زانية او زنيت او رايتك
تزنين ولو قال لها جومعت جماعا حراما او وطيت وطيا حراما فلا
لعان ولا حد لعدم القذف بالزنا ولو قذفها بعمل قوم لوط فلا لعان
ولا حد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجب اللعان بنا
على ان هذا الفعل ليس بزنا عنده فلم يوجد القذف بالزنا وعندهما
هو زنا والمسلة تاتي في كتاب الحدود ان شا الله تعالى ولو كان له اربع
نسوة فقذفهن جميعا بالزنا في كلام واحد او بكلام على حدة فان

لان

كان الزوج وهن من اهل اللعان يلاعن في كل قذف مع كل واحدة على حدة
لوجود سبب وجوب اللعان في حق كل واحدة منهن وهو القذف بالزنا
وان لم يكن الزوج من اهل اللعان يحد حد القذف ويكتفي بحد واحد عن
الكل لان حد القذف يتداخل ولو كان الزوج من اهل اللعان والبعض
منهن ليس من اهل اللعان يلاعن من كانت منهن من اهل اللعان لا غير
ولو قال لامراته يا زانية بنت الزانية وجب عليه الحد واللعان لانه قذف
زوجته وقذف امها وقذف الزوجة يوجب اللعان وقذف الاجنبية يوجب
الحد ثم انهما اذا اجتمعا على مطالبة الحد يبدي بالحد لاجل الام لان في
البداية به اسقاط اللعان لانه يصير محدودا في القذف فلم يبق من اهل
الشهادة واللعان شهادة والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي البداية باحد
اسقاط الاخر يبدي بما فيه اسقاط الاخر لقوله صلى الله عليه وسلم ادراوا
الحدود ما استطعتم وقد استطعنا درا الحد بهذا الطريق وان لم
تطالبه الام وطالبته المراة يلاعن بينهما ويقام حد القذف للام بعد ذلك
ان طالبته به كذا ذكر في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي انه لا يقام الحد بعد
اللعان للام وهذا غير سديد لان المانع من اقامة اللعان في المسلة الاولى
هو خروج الزوج من اهلية اللعان بصيرورته محدودا في القذف
ولم يوجد هاهنا وكذلك لو كانت امها ميتة فقال لها يا زانية بنت
الزانية كان لها المطالبة والخصومة في القذفين لوجوب اللعان والحد
ثم ان خاصمته بالقذفين جميعا يبدا بالحد فيحد للام حد القذف لما فيه
من اسقاط اللعان وان لم تخاصم في قذف امها ولكنها خاصمت في
قذف نفسها يلاعن بينهما ويحد للام لما ذكرنا وكذلك الرجل اذا قذف
اجنبية بالزنا ثم تزوجها وقذفها بالزنا بعد التزوج وجب عليه الحد
واللعان لوجود سبب وجوب كل واحد منهما ثم ان خاصمته في القذفين
جميعا يبدا بحد القذف حتى يسقط اللعان ولو لم تخاصم في حد
القذف وخاصمت في اللعان يلاعن بينهما ثم اذا خاصمت في الحد يحد
لما قلنا والله اعلم واما الذي بنفي الولد فهو ان يقول لامراته هذا
الولد من الزنا او يقول هذا الولد ليس مني فان قيل قوله هذا الولد
ليس مني لا يكون قذفا لها بالزنا لجواز ان لا يكون ابنه بل يكون ابن غيره
ولا تكون هي زانية بان كانت وطيت بشبهة فالجواب نعم هذا الاحتما

ثابت لكنه ساقط الاعتبار بالاجماع لان الامة اجمعت على انه ان نفاه
عن الاب المشهور بان قال له لست لابيك يكون قاذفا لامه حتى
يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال ولو جاءت زوجته بولد
فقال لها لم تلديه لم يجب اللعان لعدم القذف لانه انكر الولادة وانكار
الولادة لا يكون قذفا فان اقر بالولادة او شهدت القابلة على
الولادة ثم قال بعد ذلك ليس بابني وجب اللعان لوجود القذف
ولو قال لامراته وهي حامل ليس هذا الحمل مني لم يجب اللعان في
قول ابي حنيفة لعدم القذف بنفي الولد وقال ابو يوسف ومحمد
ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت القذف وجب اللعان
وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لم يجب وجه قولهما انها اذا
جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت القذف فقد تيقنا بوجوده
في البطن وقت القذف ولهذا لو اوصى لحمل امراة فجاءت به لاقل
من ستة اشهر استحق الوصية واذا تيقنا بوجوده وقت النفي كان
محتملا للنفي اذ الحمل يتعلق به الاحكام فان الجارية ترد به على
بايعها وتجب للمعتدة النفقة لاجل حملها فاذا نفاه يلاعن فاما
اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر فلم نتيقن بوجوده عند القذف
لاحتمال انه حمل حادث ولهذا لا يستحق الوصية ولابي حنيفة ان
الحمل بالقذف لو صح انما يصح باعتبار الحال او باعتبار الثاني
لا وجه للاول لانه لا يعلم وجوده للحال لجواز انه ريح لا حمل ولا
سبيل الى الثاني لانه يصير في معنى التعليق بالشرط كانه قال
ان كنت حاملا فانت زانية والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط
بخلاف الرد بعيب الحبل لانه يمكن القول بالرد على اعتبار الحال
لوجود العيب ظاهرا واحتمال الريح خلاف الظاهر فلا يورث الا
شبهة والرد بالعيب لا يمنع بالشبهات بخلاف القذف والنفقة
لا يختص وجوبها بالحمل عندنا فانها تجب لغير الحامل ولا يقطع
نسب الحمل قبل الولادة بلا خلاف بين اصحابنا اما عند ابي حنيفة
فظاهر لانه لا يلاعن وقطع النسب من احكام اللعان واما عندهما
فلان الاحكام انما تثبت للولد لا للحمل وانما يستحق اسم الولد بالانفصال
ولهذا لا يستحق الميراث والوصية الا بعد الانفصال وعند الشافعي

رحمه الله يلاعن ويقطع نسب الحمل واحتج بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
لاعن بين هلال ابن امية وبين امراته وهي حامل والحق الولد بها ولا
حجة له فيه لان هلالا نفى الحمل بصريح الزنا وذكر الحمل وبه نقول
ان من قال لامراته زنيت وانت حامل لانه لم يعلق القذف بالشرط
ولان النبي صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحي ان هناك ولدا الا ترى
انه قال ان جاءت على صفة كذا فهو لكذا وان جاءت على صفة كذا فهو لكذا ولا
يعلم ذلك الا بالوحي ولا طريق لنا الى معرفة ذلك فلا ينفى الولد
فصل واما شرايط وجوب اللعان وجوازه فانواع بعضها
يرجع الى القاذف خاصة وبعضها يرجع الى المقذوف خاصة وبعضها
اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقذوف به وبعضها يرجع الى المقذوف
فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف اما الذي يرجع الى القاذف خاصة
فواحد وهو عدم اقامة البينة لان الله تعالى شرط ذلك في اية اللعان
بقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله الاية حتى لو اقام اربعة من
الشهود على المراة بالزنا لا يجب اللعان ويقام عليها حد الزنا لانه قد
ظهر زناها بشهادة الشهود ولو شهد اربعة احدهم الزوج فان لم
يكن من الزوج قذف قبل ذلك تقبل شهادتهم ويقام عليها الحد عندنا
وعند الشافعي لا تقبل شهادة الزوج عليها وجه قول الشافعي
ان الزوج متهم في شهادته لاحتمال انه حمله على ذلك غيظ ولا شهادة
للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يدفع المغرم عن
نفسه وهو اللعان ولا شهادة لدافع المغرم على لسان رسول الله صلى الله
وسلم ولنا ان شهادته اولى بالقبول من شهادة غيره وهو الاجنبي
لانها ابعد من التهمة لان العادة ان الرجل يستر على امراته ما يلحقه
به شين فلم يكن متهما في شهادته فتقبل كشهادة الوالد على ولده
وقوله انه يدفع المغرم عن نفسه بهذه الشهادة ممنوع فانه لم يسبق
منه قذف موجب اللعان فانه لم يسبق الشهادة قذف ليدفع اللعان
بها فصار كشهادة الاجنبي فانها تقبل ولا يجعل دافعا للحد عن نفسه
لما هذا فان كان الزوج قذفها اولا ثم جاء بثلاثة سواه فهم قذفة يحدون
وعلى الزوج اللعان لانه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان

فهو بشهادته حصل دافعا الضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته والزنا
لا يثبت بشهادة ثلاثة فصاروا قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج
لقذف زوجته فان جاء هو وثلاثة شهدوا انها قد زنت فلم يعدلوا فلا
حد عليها لان زناها لم يثبت بشهادة الفساق ولا حد عليهم لان الفاسق
من اهل الشهادة الا ترى ان الله تعالى امر بالتوقف في نبائه فقد وجدنا بانه
اربعة شهدوا فكيف يجب الحد عليهم ولا لعان على الزوج لانه شاهد وليس
بقاذف فان شهد بعد ثلاثة عمي حدوا اي يلاعن الزوج ويحدون
حد القذف لان العميان لا شهادة لهم قطعا فلم يكن قولهم حجة اصلا وكانوا
قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج لان قذف الزوج موجب للعان
اذا لم يات باربعة شهداء ولم يات بهم واما الذي يرجع الى المقذوف خاصة
فشيئان احدهما انكارها وجود الزنا منها حتى لو اقرت بذلك لا يجب اللعان
ويلزمها حد الزنا وهو الجلد ان كانت غير محصنة والرجم ان كانت محصنة
لظهور زناها باقرارها والثاني عفتها عن الزنا فان لم تكن عفيفة لا يجب اللعان
بقذفها كما لا يجب الحد بقذف الاجنبية اذا لم تكن عفيفة فقد صدقت (لانها اذا لم تكن عفيفة م)
بفعلها فصارت كما لو صدقت بقولها ولما نذكره في كتاب الحدود ونذكر
تفسير العفة عن الزنا ان شاء الله تعالى وعلى هذا قالوا في المراة اذا وطئت
بشبهة ثم قذفها زوجها انه لا يجب عليه اللعان ولو قذفها اجنبي لا يجب عليه
الحد لانها وطئت وطيا حراما فذهبت عفتها ثم رجع ابو يوسف وقال يجب
بقذفها الحد واللعان لان هذا وطي تعلق به وجوب المهر وثبوت النسب
فكان كالموجود في النكاح فلا يزيل العفة عن الزنا والجواب ان الوطي حرام
لعدم النكاح انما الموجود شبهة النكاح كان ينبغي ان يجب الحد عليها الا (حقيقة م)
انه سقط للشبهة فلان يسقط الحد واللعان عن القاذف لمكان الحقيقة
اولى واما الذي يرجع اليهما جميعا فهو ان يكونا زوجين حرين بالغين
عاقلين مسلمين ناطقين غير محدودين في القذف اما اعتبار الزوجية
فلان الله تعالى خص اللعان بالازواج بقوله والذين يرمون ازواجهم وانه حكم
ثبت تعبدا في الازواج فيقتصر عليهم وعلى هذا قال اصحابنا ان من تزوج (غير معقول المعنى فيقتصر على مورد التعبد وانما ورد التعبد م)
امراة نكاحا فاسدا ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية اذ النكاح الفاسد
ليس بنكاح حقيقة وقال الشافعي يلاعنها اذا كان القذف بنفي الولد تقع
الحاجة الى قطع النسب والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح

الصحيح

الصحيح فيشرع النكاح اللعان لقطع النسب والجواب ان قطع النسب
يكون بعد الفراغ من اللعان ولا لعان الا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه
وهو الزوجية ولو طلق امراته طلاقا باينا او ثلاثا ثم قذفها بالزنا لا يجب اللعان
لعدم الزوجية لبطلانها بالابانة والثلاث ولو طلقها طلاقا رجعيا ثم قذفها
يجب اللعان لان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قذف امراته بزنا كان
قبل الزوجية فعليه اللعان عندنا وعند الشافعي عليه حد القذف واحتج
باية القذف وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء
فاجلدوهم ولنا ان الله تعالى في اية اللعان والذين يرمون ازواجهم ولم يكن (٢ تادم)
لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله من غير فصل بينهما
اذا كان القذف بزنا بعد الزوجية او قبلها والدليل على انه قذف زوجته
انه اضاف القذف اليها وهي للحال زوجته الا انه قذفها بزنا متقدم وبهذا
لا تخرج من ان تكون زوجته في الحال كما اذا قذف اجنبية بزنا متقدم حتى
يجب عليه حد القذف وكذا ههنا واما اية القذف فهي متقدمة على اية
اللعان فيجب تخريجها على التناسخ فينسخ الخاص العام المتقدم بقدره عند (المتاخر م)
عامة مشايخنا وعند بعضهم يقضي العام على الخاص بطريق التخصيص على ما مر ولو
قذف امراته بعد موتها لم يلاعن عندنا وعند الشافعي يلاعن على قبرها
واحتج بظاهر قوله تعالى في اية اللعان والذين يرمون ازواجهم الاية من
غير فصل بين حال الحياة والموت ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم
خص اللعان بالازواج وقد زالت الزوجية بالموت فلم يوجد قذف
الزوجة فلا يجب اللعان وبه تبين ان الميتة لم تدخل تحت الاية لان الله تعالى
اوجب هذه الشهادة بقذف الازواج بقوله والذين يرمون ازواجهم وبعد
الموت لم تبق زوجة له واما اعتبار الحرية والعقل والبلوغ والاسلام
والنطق وعدم الحد في القذف فالكلام في اعتبار هذه الاوصاف شرطا لوجوب
اللعان فرع الكلام في معنى اللعان وماهيته شرعا وقد اختلف فيه قال
اصحابنا رحمهم الله ان اللعان شهادات موكدة بالايمان مقرونة باللعن
والغضب وانه في جانب الزوج قايم مقام حد القذف وفي جانبها قايم مقام
حد الزنا وقال الشافعي رحمه الله اللعان ايمان بلفظ الشهادة مقرونة
بالغضب او اللعن فكل من كان من اهل الشهادة واليمين كان من اهل اللعان ومن لا
فلا عندنا وكل من كان من اهل اليمين فهو من اهل اللعان عنده سواء كان من اهل

الشهادة اولم يكن ومن لم يكن من اهل الشهادة ولا من اهل اليمين لا يكون من
اهل اللعان بالاجماع احتج الشافعي في تفسير اللعان بقوله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله والشهادة بالله يمين الا ترى ان من قال اشهد فسر اللعان بالشهادة بالله
بالله يكون يمينا الا انه يمين بلفظ الشهادة ولان اللعان لو كان شهادة لما
قرنه بذكر اسم الله تعالى لان الشهادة لا تفتقر الى ذلك وانما اليمين هي التي
تفتقر اليه ولانه لو كان شهادة لكان شهادتها على النصف من شهادة
الرجل كما في سائر المواضع التي للمراة شهادة فيها فينبغي ان تشهد المراة
عشر مرات فلما لم يكن ذلك دل انه ليس بشهادة والدليل على انه يمين
ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما فرق بين المتلاعنين وكانت المراة
حبلى فقال اذا ولدت ولدا فلا ترضعيه حتى تاتيني فلما انصرفوا عنه
قال النبي صلى الله عليه وسلم ان ولدته احمر مثل الدبس فهو يشبه اباه
الذي نفاه وان ولدته اسود ادعج جعدا قططا فهو يشبه الذي رميت
به فلما وضعت واتت به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم نظر اليه فاذا هو
اسود ادعج جعد قطط على ما نعته رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان فيها راي لجيم
وفي بعض الروايات لكان لي ولها شان فقد سمى اللعان ايمانا لا شهادة
فدل انه يمين لا شهادة ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم
يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله والاستدلال
بالاية من وجهين احدهما انه سمى الذين يرمون ازواجهم شهداء لانه استثناهم
من الشهداء بقوله ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والمستثنى من جنس
المستثنى منه والثاني انه سمى اللعان شهادة نصا بقوله فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله والخامسة اي الشهادة الخامسة وقال في
جانبها ويدرؤا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله والخامسة
اي الشهادة الخامسة الا انه سماه شهادة بالله تاكيدا للشهادة باليمين
وقوله اشهد يكون شهادة وقوله بالله يكون يمينا وهذا مذهبنا انه
شهادات موكدة بالايمان وهو اولى مما قاله المخالف لانه عمل باللفظين في معنيين
وفيما قاله حمل اللفظين على معنى واحد فكان ما قلناه اولى والدليل على انه
شهادة انه شرط فيه لفظ الشهادة وحضرة الحاكم واما قوله لو كان
شهادة لكان في حق المراة على النصف من شهادة الرجل فنقول هو شهادة موكدة

باليمين

باليمين فيراعى فيه معنى الشهادة ومعنى اليمين وقد راعينا معنى الشهادة
ومعنى اليمين فيه باشتراط لفظ الشهادة فيراعى معنى اليمين بالتسوية
بين الرجل والمراة في العدد عملا بالشبهين جميعا ولا حجة له في الحديث
فانه روي في بعض الروايات لولا ما مضى من الشهادات وهذه حجة عليه حيث
سماه شهادة ثم نقول بموجبه انه يمين لكن هذا لا ينفي ان يكون شهادة
فهو شهادة موكدة باليمين والله الموفق واذا عرف هذا الاصل يخرج
عليه المسايل اما اعتبار العقل والبلوغ فلان الصبي والمجنون ليسا من اهل
الشهادة واليمين فلا يكونان من اهل اللعان بالاجماع واما الحرية فالمملوك
ليس من اهل الشهادة فلا يكون من اهل اللعان واما الاسلام فالكافر ليس من اهل
الشهادة على المسلم وان كان المسلم من اهل الشهادة على الكافر فليس من اهل واذا كانا كافرين فالكافر واذا كان من اهل الشهادة على الكافر
اليمين بالله تعالى لانه ليس من اهل حكمها وهو الكفارة ولهذا لم يصح ظهار الذمي
عندنا واللعان عندنا شهادة موكدة بالايمان فمن لا يكون من اهل اليمين لا
يكون من اهل اللعان واما اعتبار النطق فلان الاخرس لا شهادة له ولانه لا
يتاتى منه لفظة الشهادة ولان القذف منه لا يكون الا بالاشارة والقذف بالاشا رة
يكون في معنى القذف بالكناية وانه لا يوجب اللعان كما لا يوجب الحد لما نذكره
في كتاب الحدود ان شا الله تعالى واما المحدود في القذف لا شهادة له لان
الله تعالى رد شهادته على التابيد ولا يلزم على هذا الاصل قذف الفاسق
والاعمى فانه يوجب اللعان ولا شهادة لهما لان الفاسق له شهادة في الجملة
ولهما جميعا اهلية الشهادة الا ترى ان القاضي لو قضى بشهادتهما جاز قضاوه
ومعلوم انه لا يجوز القضا بشهادة من ليس من اهل الشهادة كالصبي والمجنون
والمملوك الا انه لا تقبل شهادة الاعمى في ساير المواضع لانه لا يميز بين
المشهود له والمشهود عليه لا لانه ليس من اهل الشهادة ثم هذه الشرايط
كما هي شرط وجوب اللعان فهي شرط صحة اللعان وجوازه حتى لا يجري
اللعان بدونها وعند الشافعي يجري اللعان بين المملوكين والاخرسين والمحد ودين
في القذف لان هولا من اهل اليمين فكانوا من اهل اللعان وكذا بين الكافرين
لان يمين الكافر صحيحة عنده لانه من اهل الاعتاق والكسوة والاطعام
ولهذا يجوز ظهار الذمي وعلى هذا الاصل يخرج قول ابي حنيفة وابي يوسف
انهما اذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل او مات فالحاكم
الثاني يستقبل اللعان بينهما لان اللعان لما كان شهادة فالشهود اذا شهدوا

عند الحاكم فمات الحاكم او عزل قبل القضا بشهادتهم لم يعتد الحاكم بتلك الشهادة
وعند محمد لا يستقبل اللعان وقوله لا يخرج علي هذا الاصل ولكن الوجه ان
اللعان قايم مقام الحد واذا التعنا فكانه اقيم الحد والحد بعد اقامته لا يوثر
فيه ~~الحد~~ العزل والموت والجواب ان حكم القذف لا يتناهي الا بالتفريق فيوثر
العزل والموت قبله ثم ابتدا الدليل لنا في المسلة ما روي عن رسول الله صلي الله
عليه وسلم انه قال اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم لا لعان بين المسلم
والكافرة والعبد والحرة والحر والامة والكافر والمسلمة وصورته الكافر
اسلمت امراته فقبل ان يعرض الاسلام علي زوجها قذفها بالزنا ولنا
اصل اخر لتخريج المسايل عليه وهو ان كل قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف
اجنبيا لا يوجب اللعان اذا كان القاذف زوجا لان اللعان موجب
القذف في حق الزوجة كما ان الحد موجب القذف في الاجنبي وقذف
واحد مما ذكرنا لا يوجب الحد لو كان اجنبيا فاذا كان زوجا لا يوجب اللعان
وابتدا ما يحتج به الشافعي عموم اية اللعان الا من خص بدليل ولا حجة له في
الاية لان الله تعالي سمي الذين يرمون ازواجهم شهدا في اية اللعان واستثناهم
من الشهدا المذكورين في اية القذف ولم يوجد واحد ممن ذكرنا في المستثني
منه فكذا في المستثني لان الاستثنا استخراج من تلك الجملة وتحصيل منها
واما الذي يرجع الي المقذوف به والمقذوف فيه ونفس القذف فنذكره
في كتاب الحدود ان شا الله تعالي **فصل** واما بيان ما يظهر به
سبب وجوب اللعان وهو القذف عند القاضي فسبب ظهور القذف
شيان احدهما البينة اذا خاصمت المراة فانكر القذف والافضل
للمراة ان تترك الخصومة والمطالبة من اشاعة الفاحشة وكذا تركها من
باب الفضل والكرم وقد قال الله تعالي ولا تنسوا الفضل بينكم فان لم
تترك وخاصمته الي القاضي يستحسن ان يدعوها الي الترك فيقول
لها اعرضي عن هذا الامر لانه دعا الي ستر الفاحشة وانه مندوب
اليه فان تركت وانصرفت ثم بدا لها ان تخاصمه فلها ذلك وان تقادم
العهد لان ذلك حقها وحق العبد لا يسقط بالتقادم فان خاصمته
وادعت عليه انه قذفها بالزنا فجحد الزوج لا يقبل منها في اثبات القذف
الا شهادة رجلين عدلين ولا تقبل شهادة النسا ولا الشهادة علي الشهادة
ولا كتاب القاضي الي القاضي كما لا تقبل في اثبات القذف علي الاجنبي لان اللعان

قايم

قايم مقام حد القذف واسباب الحدود لا تقبل فيها شهادة النسا ولا الشهادة
علي الشهادة ولا كتاب القاضي الي القاضي لتمكن زيادة شبهة ليست في
غيرها والحدود تدرا بالشبهات والثاني الاقرار بالقذف وشرط ظهور
القذف بالبينة والاقرار هو الخصومة والدعوي لما نذكر في كتاب الحدود
فصل واما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه اذا
سقط او لم يجب اصلا فنقول وبالله التوفيق كلما يمنع وجوب اللعان
اذا اعترض بعد وجوبه يسقطه كما اذا جن بعد القذف او جن احدهما
او ارتدا او ارتد احدهما او خرسا او خرس احدهما او قذف احدهما انسانا
فحد حد القذف او وطيت المراة وطيا حراما ولا يجب عليه الحد وكذا اذا
ابانها بعد القذف فلا حد ولا لعان اما عدم وجوب الحد فلان القذف
اوجب اللعان فلا يوجب الحد واما عدم وجوب اللعان فلانه لا يجري الا بين الازواج ولو
طلقها طلاقا رجعيا لا يسقط اللعان لان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية
ولو قال لها يا زانية انت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان لان قوله يا زانية
اوجب اللعان لا الحد لانه قذف لزوجته ولما قال لها انت طالق ثلاثا
فقد ابطل الزوجية واللعان لا يجري من غير الازواج ولو قال لها انت
طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد ولا يجب اللعان لانه قذفها بعد الابانة
وهي اجنبية بعد الابانة وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان
ولو اكذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الاتيان به اذ من المحال
ان يومر ان يشهد بالله انه لمن الصادقين وهو يقول اني كاذب
ويجب الحد لما نذكر ولو لم ينعقد القذف موجبا للعان اصلا لفوات
شرط من شرايط الوجوب فهل يوجب الحد فمشايخنا اصلوا في
ذلك اصلا فقالوا ان كان عدم وجوب اللعان او سقوطه بعد
الوجوب لمعني من جانبها فلا حد ولا لعان وان كان القذف صحيحا يجد
وعلي هذا خرجوا جنس هذه المسايل فقالوا اذا اكذب نفسه يحد لان
سقوط اللعان لمعني من جانبه وهو اكذابه نفسه والقذف صحيح لانه
قذف بالغ عاقل فيجب الحد ولو اكذبت نفسها في الانكار وصدقت
الزوج في القذف فلا حد ولا لعان وان كانت علي صفة الالتعان والزوج
عبد او كافر او محدود في القذف فعليه الحد لان قذفها قذف صحيح وانما
سقط اللعان لمعني من جهته وهو انه علي صفة لا يصح منه اللعان ولو كان

ولو كان الزوج صبيا او مجنونا فلا حد ولا لعان وان كانت المراة على صفة الالتعان
لان قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح ولو كان الزوج حرا بالغا عاقلا مسلما
غير محدود في قذفه والزوجة لا بصفة الالتعان بان كانت كافرة او مملوكة
او صبية او مجنونة او زانية فلا حد ولا لعان لان قذفها ليس بقذف
صحيح الا ترى ان اجنبيا لو قذفها لا يحد ولو كانت المراة حرة مسلمة عاقلة
بالغة عفيفة الا انها محدودة في القذف فلا حد ولا لعان لان القذف وان
كان صحيحا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو انها ليست من اهل الشهادة
فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته وان كان كل واحد من الزوجين محدودا
في القذف فقذفها فعليه الحد لان القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى
في الزوج ولا يقال انه سقط لمعنى في المراة بدليل ان الزوج لو لم يكن محدودا
والمراة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها واذا كان السقوط لمعنى في
جانبها فينبغي ان لا يجب الحد ولا اللعان لانا نقول القذف الصحيح انما يعتبر
فيه صفات المراة اذا كان الزوج من اهل اللعان فاما اذا لم يكن من اهل اللعان
لا يعتبر وانما تعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع بما فيه لا بما فيها فكان سقوط
اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد والله اعلم فصل واما
حكم اللعان فالكلام في هذا الفصل في موضعين احدهما في بيان حكم اللعان والثاني
في بيان ما يبطل حكمه اما بيان حكم اللعان فللعان حكمان احدهما اصلي
والاخر ليس باصلي اما الحكم الاصلي فنذكر اصل الحكم ووصفه اما الاول
فنقول اختلف العلماء فيه قال اصحابنا الثلاثة هو وجوب التفريق ما دام على حال
اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى يجوز طلاق
الزوج وظهاره وايلاؤه ويجري التوارث بينهما قبل التفريق وقال الشافعي
وزفر هو وقوع الفرقة بنفس اللعان الا ان عند زفر لا تقع الفرقة ما لم
يلتعنا وعند الشافعي بلعان الزوج قبل ان تلتعن المراة وجه قول الشافعي
ان الفرقة امر يختص بالزوج الا ترى انه هو المختص بسبب الفرقة فلا يقف
وقوعها على فعل المراة كالطلاق واحتج زفر بما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وفي بقاء النكاح اجتماعهما وهذا
خلاف النص ولنا ما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رجلا لاعن
امراته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق النبي
صلى الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمراة وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي

تقع الفرقة

صلى

صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عاصم بن عدي وبين امراته فرق بينهما وروي ان
النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وبين امراته فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ثم قال
الله تعالى يعلم ان احدكما كاذب فهل منكما تائب قال ذلك ثلاثا فابيا ففرق
بينهما فدلت الاحاديث على ان الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانهما اذ لو وقعت
لما احتمل التفريق من رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما
بنفس اللعان ولان ملك النكاح كان ثابتا قبل اللعان والاصل ان الملك متى ثبت
لانسان لا يزول الا بازالته او بخروجه من ان يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن
الانتفاع ولم توجد الازالة من الزوج لان اللعان لا ينبئ عن زوال الملك ولهذا
لا يزول بسائر الشهادات والايمان والقدرة على الانتفاع ثابتة فلا تقع الفرقة
بنفس اللعان وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي ثم قول الشافعي مخالف لاية اللعان
لان الله تعالى خاطب الازواج باللعان بقوله والذين يرمون ازواجهم الى اخر
ما ذكر فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة
وهذا خلاف النص واما زفر فلا حجة له في الحديث لان المتلاعن متفاعل من
اللعن وحقيقة التفاعل التشاغل بالفعل فبعد الفراغ لا يبقى فاعلا حقيقة
فلا يبقى متلاعنا حقيقة فلا يصح التمسك به لاثبات الفرقة عقيب اللعان
فلا تثبت الفرقة عقيبه وانما الثابت عقيبه وجوب الفرقة فان فرق الزوج
بنفسه والا ينوب القاضي منابه في التفريق فاذا فرق بعد تمام اللعان وقعت
الفرقة فان اخطا القاضي ففرق قبل تمام اللعان ينظر ان كان كل واحد منهما
قد التعن اكثر اللعان نفذ التفريق وان لم يلتعنا اكثر اللعان او كان احدهما
لم يلتعن اكثر اللعان لم ينفذ وانما كان كذلك لان تفريق القاضي اذا وقع
بعد اكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ
قضاؤه كما في سائر المجتهدات والدليل على ان تفريقه صادف محل الاجتهاد وجوه
ثلاثة احدها انه عرف ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام فادى
اجتهاده الى ان الاكثر يقوم مقام الكل في اللعان والثاني انه اجتهد ان التكرار
في اللعان للتاكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد في الاكثر والثالث انه زعم لما
ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج اذا قذف المجنونة او الميتة فلان
يسوغ لي الاجتهاد بعد كمال الزوج واتيان المراة اكثر اللعان اولى فثبت ان قضاء
القاضي صادف محل الاجتهاد فينفذ فان قيل شرط جواز الاجتهاد ان لا يخالف
النص وهذا قد خالف النص من الكتاب والسنة لان كتاب الله تعالى ورد

وبين امراته

باللعان بعدد مخصوص وكذا النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين الزوجين على ذلك
العدد واذا كان ذلك العدد منصوصا عليه فالاجتهاد اذا خالف النص باطل
فالجواب ممنوع ان الاجتهاد للقاضي خالف النص فان التنصيص على عدد لعله اجتهاد القاضي ما
لا ينفي جواز الاكثر واقامته مقام الكل ولا يقتضي الجواز ايضا فلم يكن الحكم منصوصا
عليه بل كان مسكوتا عنه فكان محل الاجتهاد وفايدة التنصيص على العدد المذكور
التنبيه على الكل والاولى وهذا لا ينفي الجواز واما الثاني فقد اختلف العلما فيه
ايضا قال ابو حنيفة ومحمد الفرقة الواقعة في اللعان فرقة بتطليقة باينة
فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج ما داما على حالة اللعان
فان اكذب الزوج نفسه فجلد الحد او كذبت المراة نفسها جاز التناكح بينهما
ويجتمعان وقال ابو يوسف وزفر والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق
وانها توجب حرمة موبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا بقول النبي
صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وكذا روي عن جماعة من الصحابة وهو نص في الباب صح
مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا المتلاعنان
لا يجتمعان ابدا ولابي حنيفة ومحمد ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امراته فقال عويمر كذبت عليها ان عن رسول الله صح
امسكتها فهي طالق ثلاثا وفي بعض الروايات كذبت عليها ان لم افارقها
فهي طالق ثلاثا فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين لان
عويمر طلق امراته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فانفذها
عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب على كل متلاعنين ان يطلق فان امتنع
ينوب القاضي منابه في التطليق فيكون طلاقا كما في العنين ولان سبب التفريق صح
هذه الفرقة قذف الزوج لانه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق
والتفريق يوجب الفرقة فكانت الفرقة بهذه الوسايط مضافة الى
القذف وكل فرقة تكون من الزوج او يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقا
كما في العنين والخلع والايلا ونحو ذلك وهو قول السلف ان كل فرقة
وقعت من قبل الزوج فهي طلاق منهم ابراهيم والحسن وسعيد بن
جبير وقتادة وغيرهم رحمهم الله واما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته
لما ذكرنا ان حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل وكما فرغا من اللعان ما بقيا
متلاعنين ~~حقيقة~~ فانصرف المراد الى الحكم وهو ان يكون حكم
اللعان فيهما ثابتا فاذا اكذب الزوج نفسه وحد حد القذف بطل حكم اللعان

فلم

فلم يبق متلاعنا حقيقة وحكما فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة
اصحاب الكهف انهم ان يظهروا عليكم يرجموكم او يعيدوكم في ملتهم ولن
تفلحوا اذا ابدا اي ما داموا في ملتهم الا ترى انهم اذا لا يفعلوا افلحوا كذا هذا
واما الحكم الذي ليس باصلي للعان فهو وجوب قطع النسب في احد نوعي القذف
وهو القذف بالولد لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال
بن امية وبين زوجته نفى ولد امراة هلال عنه والحقه بها فصار النفي احد وفرق بينهما صح
حكمي اللعان ولان القذف اذا كان بالولد فغرض الزوج ان ينفي ولدا ليس منه في
زعمه فوجب النفي تحقيقا لغرضه واذا كان وجوب النفي احد حكمي اللعان فلا
يجب قبل وجوده وعلى هذا قلنا ان القذف اذا لم ينعقد موجبا للعان او
سقط بعد الوجوب ووجب الحد او لم يجب او لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا
بعد لا ينقطع نسب الولد ولهذا اذا نفى نسب ولد حرة فصدقته لا ينقطع
نسبه لتعذر اللعان مع تصديقها اياه في القذف لان ذلك ينفي اللعان لما فيه
من التناقض حيث تشهد بالله انه لمن الكاذبين وقد قالت انه صادق
واذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب لانه حكمه ويكون ابنهما لا يصدقان
على نفيه لان النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع الا باللعان
ولم يوجد ولا يعتبر تصادقهما على النفي لان النسب يثبت حقا للولد
وفي تصادقهما على النفي ابطال حق الولد وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج
ما اذا كان علوق الولد في حال لا لعان بينهما فيها ثم صارت بحيث يقع بينهما
اللعان نحو ما اذا علقت وهي امة او كتابية ثم اعتقت الامة او اسلمت الكتابية بيته
فولدت فنفاه انه لا ينقطع نسبه لانه لا تلاعن بينهما لعدم اهلية اللعان
وقت العلوق وقطع النسب حكم اللعان ولوجوب قطع النسب شرايط
منها التفريق لان النكاح قبل التفريق قايم فلا يجب النفي ومنها بلغ
ان يكون القذف بالنفي بحضرة الولادة او بعدها بيوم او يومين ونحو ذلك
من مدة ياخذ فيها التهنية وابتياع آلات الولادة عادة فان نفاه بعد ذلك
لا ينتفي ولم يوقت ابو حنيفة رحمه الله لذلك وقتا ووقتاه باكثر النفاس وهو وروي عن ابي حنيفة انه وقت لذلك سبعة ايام وابو يوسف ومحمد صح
اربعون يوما واعتبر الشافعي الفور فقال ان نفاه على الفور انتفى والا لزمه
وجه قوله ان ترك النفي على الفور اقرار منه دلالة فصار كالاقرار نصا ووجه
قولهما ان النفاس اثر الولادة فيصح نفي الولد ما بقي اثر الولادة ولابي حنيفة
ان هذا امر يحتاج الى التامل فلا بد له من زمان التامل وانه يختلف

باختلاف الاشخاص والاحوال فتعذر التوقيت فيه فتحكم فيه العادة من
قبول التهنية وابتياع آلات الولادة او مضي مدة يفعل فيها ذلك عادة فلا يصح
نفيه بعد ذلك وبهذا يبطل اعتبار الفور لان معنى التامل والروي لا يحصل
بالفور وعلى هذا قال لو كان الغايب اذا ولدت امراته ولم يعلم بالولادة حتى قدم
او بلغه الخبر وهو غايب ان له ان ينفي عند ابي حنيفة في مقدار مدة تهنية الولد
وابتياع آلات الولادة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم او بلوغ
الخبر لان النسب لا يلزمه الا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال
الولادة على المذهبين جميعا وروي عن ابي يوسف انه قال ان قدم قبل
الفصال فله ان ينفيه في مقدار مدة النفاس وان قدم بعد الفصال
فليس له ان ينفيه ولم يرو هذا التفصيل عن محمد كذا ذكره القدوري
ووجهه ان الولد قبل الفصال الولد لم ينتقل عن غذا به فصار كمدة النفاس — والولد صح
وبعد الفصال انتقل عن ذلك الغذا وخرج عن حال الصغر فلو احتمل
النفي بعد ذلك لاحتمل بعد ما صار شيخا وذلك قبيح وذكر القاضي في شرح
مختصر الطحاوي انه ان بلغه الخبر في مدة النفاس فله ان ينفي الى تمام
مدة النفاس وان بلغه الخبر بعد اربعين فقد روي عن ابي يوسف انه
قال له ان ينفيه الى تمام سنتين لانه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع
ومدته سنتان ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر في غير رواية الاصول
عن ابي يوسف انه لا يقطع النسب ويلاعن وعن محمد انه قال ينتفي اذا
نفاه بعد بلوغ الخبر الى اربعين يوما ومنها ان لا يسبق النفي من الزوج ما
يكون اقرارا منه بنسب الولد بعد الاقرار به لا يحتمل النفي بوجه لانه — لا نصا ولا دلالة فان سبق لا يقطع النسب من الاب لان النسب
لما اقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي
فالنص نحو ان يقول هذا ولدي او هذا الولد مني والدلالة هي ان يسكت اذا
هني ولا يرد على المهني لان العاقل لا يسكت عند التهنية بولد ليس منه عادة — بولد الحرة صح
فكان السكوت والحالة هذه اعترافا بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد
الاعتراف وروى ابن رستم رحمه الله انه اذا هني بولد الامة فسكت لم — عن محمد م
يكن اعترافا وان سكت في ولد الزوجة كان اعترافا ووجه الفرق ان
نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش الا ان له عرضية النفي من الزوج فاذا
سكت عند التهنية دل على انه لا ينفيه فبطلت العرضية فتقرر النسب واما
ولد الامة فلا يثبت نسبه الا بالدعوة ولم توجد فان جاءت بولدين في بطن

فاقر

بعض

فاقر باحدهما ونفى الآخر فان اقر بالاول ونفى الثاني لاعن ولزمه الولدان جميعا
اما لزوم الولدين فلان اقراره بالاول اقرار بالثاني لان الحمل حمل واحد فلا يتصور
ثبوت نسب بعض الحمل دون بعض فاذا نفى الثاني فقد رجع عما اقر به — كالولد الواحد انه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض م
والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه فلم يصح نفيه فثبت نسبهما جميعا
ويلاعن لان من اقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن وان كان لا يقطع نسبه لان
قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه في الجملة الا ترى انه شرع
في المقذوفة بغير ولد وانما وجب اللعان لانه لما اقر بالاول فقد وصف
امراته بالعفة ولما نفى الثاني فقد وصفها بالزنا ومن قال لامراته انت عفيفة
ثم قال لها انت زانية يلاعن وان نفى الاول واقر بالثاني حد ولا لعان
ويلزمه جميعا اما ثبوت نسب الولدين فلان نفي الاول وان تضمن نفي
الثاني فالاقرار بالثاني تضمن الاقرار بالاول فيصير مكذبا نفسه ومن وجب
عليه اللعان اذا اكذب نفسه يحد واذا حد لا يلاعن لانهما لا يجتمعان ولانه
لما نفى الاول فقد قذفها بالزنا فلما اقر بالثاني فقد وصفها بالعفة
ومن قال لامراته انت زانية ثم قال لها انت عفيفة يحد حد القذف
ولا يلاعن ومنها ان يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت
التفريق فان لم يكن لا يقطع نسبه من الاب حتى لو جاءت بولد فمات
ثم نفاه الزوج يلاعن ويلزمه الولد لان النسب يتقرر بالموت ولا يحتمل
الانقطاع وانما يلاعن لوجود القذف وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعا — ن بنفي الولد م
وكذلك لو جاءت بولدين احدهما ميت فنفاهما يلاعن ويلزمه الولدان
لما قلنا وكذلك لو جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان يلاعن
الزوج لما قلنا وكذلك لو جاءت بولدين فنفاهما ثم ماتا قبل اللعان او ماتا او قتلا — ويلزمه الولد م
يلاعن ويلزمه الولدان لان النسب منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت
فكذا نسب الحي لانهما توام واما اللعان فقد ذكر الكرخي انه يلاعن ولم يذكر
الخلاف وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر ابن سماعة
الخلاف في المسالة فقال عند ابي يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا يبطل
وجه قول محمد ان اللعان قد وجب بالنفي فلو بطل انما يبطل لامتناع
قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقا اللعان لان قطع النسب ليس من لوازم اللعا — ن
ولابي يوسف ان المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف اعني القذف
بنفي الولد هو نفي الولد فاذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن في بقا اللعان

فايدة فلا يبقى ولو ولدت ولدًا فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق والزم الولد امه
او لزمها بنفس التفريق ثم ولدت ولدًا اخر من الغد لزمه الولدان جميعا
واللعان ماض لانه قد ثبت نسب الولد الثاني اذ لا يمكن قطعه لما وجد
من اللعان لان حكم اللعان قد بطل بالفرقة فيثبت نسب الولد الثاني وان
قال الزوج هما ابناي لا حد عليه لانه صادق في اقراره بنسب الولدين
لكونهما ثابتي النسب منه شرعا فان قيل اليس انه اكذب نفسه بقوله
هما ابناي لانه سبق منه نفي الولد ومن نفى الولد فلوعن ثم اكذب نفسه
يقام عليه الحد كما اذا جات بولد واحد فقال هذا الولد ليس مني فلاعن
الحاكم بينهما ثم قال هو ابني فالجواب ان قوله هما ابناي يحتمل الاكذاب ويحتمل
الاخبار عن حكم لزمه شرعا وهو ثبوت نسب الولدين فلا يجعل اكذابا
مع الاحتمال بل حمله على الاخبار اولى لانه لو جعل اكذابا لزمه الحد ولو جعل
اخبارا عما قلنا لا يلزمه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات
وقال ادروا الحدود ما استطعتم حتى لو قال كذبت في اللعان وفيما قذفتها
به من الزنا يحد لانه نص على الاكذاب فزال الاحتمال وقال مشايخنا ان الاقرار
بالولد بعد النفي انما يكون اكذابا اذا كان المقر بحال لو لم يقر به للوعن وعلى
هذا قال لو ولدت امراته ولدا فقال هو ابني ثم ولدت اخر فنفاه ثم اقر به لا
حد عليه لانه لم يصر مكذبا نفسه بهذا الاقرار الا ترى انه لو لم يقر به لا يلاعن
بنفي الولد لثبوت نسب الولدين ولو قال ليسا بابني كانا ابنيه ولا حد
عليه لانه اعاد القذف الاول وكرره لتقدم القذف منه واللعان والملاعن
اذا كرر القذف لا يجب عليه الحد ولو طلق امراته طلاقا رجعيا فجات بولد
لاقل من سنتين بيوم فنفاه ثم جات بولد بعد سنتين بيوم فاقر به فقد بانت
ولا لعان ولا حد في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رجعة وعلى
الزوج ~~وعلى الزوج~~ الحد فيذكر اصلهما واصله ويخرج المسلة عليه فمن
اصلهما ان الولد الثاني يتبع الولد الاول لانها جات به في مدة يثبت نسبه
وكذا هو سابق في الولادة فكان الثاني تابعا له فيجعل كانها جات بهما لاقل من
سنتين فلا تثبت الرجعة فتبين بالولد الثاني فتصير اجنبية فتعذر
اللعان ومن اصله ان الولد الاول يتبع الثاني لان الثاني حصل من وطي حادث
بعد الطلاق بيقين اذ الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين والاول يحتمل
انه من وطي حادث ايضا وابدا يرد المحتمل الى المحكم فيجعل الاول تابعا للثاني

وبه ضرورة ثبوت نسب الاول لانهما توأم فلا يتصور افتراقهما في النسب صح

اساى

قدح

اذا كان من اهل اللعان وها هنا لم يوجد لانه لو لم يقر بهما لم يلاعن بخلاف الفصل الاول فانه لو لم يقر به للاعن صح

محمد

فصار

فصار كانها ولدتهما بعد سنتين والمطلقة طلاقا رجعيا اذا جات بولد لاكثر
من سنتين تثبت الرجعة لانه يكون من وطي حادث بعد الطلاق بيقين فيصير
مراجعا لها بالوطي فاذا اقر بالثاني بعد نفي الاول فقد اكذب نفسه فيحد
وان كان الطلاق باينا والمسلة بحالها يحد ويثبت نسب الولدين عندهما وعند
محمد لا حد ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين لان من اصلهما ان الولد الثاني
يتبع الاول فيجعل كانها جات بهما لاقل من سنتين فيثبت نسبهما ولا يجب
اللعان لزوال الزوجية ويجب الحد لاكذابه نفسه ومن اصله ان الاول يتبع الثاني
فيجعل كانها ولدتهما لاكثر من سنتين والمراة مبتوتة والمبتوتة اذا جات
بولد لاكثر من سنتين لا يثبت نسب الولد ولا يحد قاذفها لان معها علامة
الزنا وهو ولد غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها
ومنها ان لا يكون نسب الولد محكوما بثبوته شرعا كذا ذكر الكرخي فان لا ينقطع
نسبه وصورته ما روي عن ابي يوسف انه قال في رجل جات امراته بولد
فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها اجنبي بالولد الذي جات به فضرب القاضي الاجنبي
الحد فان نسب الولد يثبت من الزوج فيسقط اللعان لان القاضي لما حد قاذفها
بالولد فقد حكم بكذبه والحكم بكذبه حكم بثبوت نسب الولد والنسب المحكوم
بثبوته لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر به وانما سقط اللعان لان الحاكم لما
حد قاذفها فقد حكم باحصانها في عين ما قذفت به ثم اذا قطع النسب
من الاب والحق الولد بالام يبقى النسب في ساير الاحكام من الشهادة والزكاة
والقصاص وغيرها حتى لا تجوز شهادة احدهما للاخر وصرف الزكاة اليه
ولا يجب القصاص على الاب بقتله ونحو ذلك من الاحكام لان النفي باللعان يثبت
شرعا بخلاف الاصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولودا على فراشه وقد
قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فلا يظهر في حق ساير الاحكام

فصل وامابيان ما يبطل به حكم اللعان وكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه
يبطل حكمه بعد وجوده قبل التفريق وهو ما ذكرنا من جنونهما بعد اللعان
قبل التفريق او جنون احدهما او خرسهما او خرس احدهما او ردتهما او ردة احدهما
او صيرورة احدهما محدودا في قذف او صيرورة المراة موطوة وطيا حراما
او اكذاب احدهما نفسه حتى لا يفرق الحاكم بينهما ويكونان على نكاحهما والاصل
ان بقاهما على حال اللعان شرط بقا حكم اللعان فان بقيا على حال اللعان
بقي حكم اللعان والا فلا وانما كان كذلك لان اللعان شهادة ولا بد من بقا الشاهد

نفي

كان صح

الا انه لا يجري التوارث بينهما ولا نفقة على الاب صح

على صفة الشهادة الى ان يتصل القضا بشهادته حتى يجب القضا بها وقد
زالت صفة الشهادة بهذه العوارض فلا يجوز للقاضي التفريق ولو لاعنها
بالولد ثم قذفها هو او غيره يجب عليه الحد والفرق ان اللعان لا يوجب
تحقق الزنا منها فلا تزول عفتها باللعان الا ان في اللعان بالولد قذفها
ومعها علامة الزنا وهو الولد بغير اب فلم تكن عفيفة فلا يقام الحد على قاذفها
ولم يوجد ذلك في اللعان بغير الولد فبقيت عفتها فلهم فيجب الحد على قاذفها
ولو اكذب نفسه بعد اللعان بولد او بغير ولد ثم قذفها هو او غيره يجب
الحد لان اللعان لا يحقق الزنا والولد بلا اب مع الاكذاب لا يكون علامة الزنا
وكانت عفتها قايمة فيحد قاذفها والله اعلم

لا يجب الحد ولو لاعنها بغير الولد ثم قذفها هو او غيره صح

كتاب الرضاع

قد ذكرنا في كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التابيد انواع ثلاثة
محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع وقد بينا
المحرمات بالقرابة والصهرية في كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان
المحرمات بالرضاع والكلام في هذا الكتاب في ثلاث مواضع احدها
في بيان المحرمات بالرضاع والثاني في بيان صفة الرضاع المحرم والثالث
في بيان ما يثبت به الرضاع اما الاول فالاصل ان كل من يحرم بسبب
القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله في كتابه نصا او دلالة على ما ذكرنا
في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة الا ان الحرمة في جانب المرضعة
متفق عليها وفي جانب زوج المرضعة مختلف فيها اما تفسير الحرمة
في جانب المرضعة فهو ان المرضعة تحرم على المرضع لانها صارت اما له
بالارضاع فتحرم عليه لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم معطوفا على
قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم سمى المرضعة ام المرضع وحرمها عليه
وكذا بناتها يحرمن عليه سوا كن من صاحب اللبن او من غير صاحب اللبن صح من تقدم منهن او من تاخر
لانهن اخواته من الرضاعة وقد قال الله تعالى واخواتكم من الرضاعة اثبت
الاخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع والحرمة بينهما مطلقا من غير
فصل بين اخت واخت وكذا بنات بناتها وبنات ابنايها وان سفلن لانهن
بنات اخ المرضع واخته من الرضاعة وهن يحرمن من النسب كذا من
الرضاعة ولو ارضعت امراة صغيرين من اولاد الاجانب صارا اخوين او
اختين او اخا واختا من الرضاعة فلا يجوز لاحدهما ان يتزوج بالاخر ولا بولده
كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة واخواتها فلا يحرمن على المرضع لانهن

صارا اخوين لكونهما من اولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما اذا كان احدهما انثى والاصل في ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدي واحد

وامهات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن جداته من قبل امه من الرضاعة وآباء المرضعة اجداد المرضعة من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب واخوات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن خالاته من الرضاعة واخوتها اخوال المرضعة فتحرم عليهم كما في النسب صح

بنات

بنات اخواله وخالاته من الرضاعة وانهن لا يحرمن من النسب فكذا من الرضاعة
وتحرم المرضعة على ابنا المرضع وابنا ابنايه وان سفلوا كما في النسب هذا
تفسير الحرمة في جانب المرضعة والاصل في هذه الجملة قول النبي صلى الله عليه
وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه الا ما خص
بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة الذي نزل لها منه لبن فتثبت
عند عامة العلما وعامة الصحابة وروي عن رافع بن خديج رضي الله عنه انها
لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطا بن يسار وبشر المريسي ومالك
وهي المسالة الملقبة بلبن الفحل عند الفقها انه هل يحرم ام لا وتفسير تحريم
لبن الفحل ان المرضعة تحرم على زوج المرضعة لانها ابنته من الرضاع وكذا على
ابنايه الذين من غير المرضعة لانهم اخوتها لاب من الرضاع وكذا على بنات
ابنايه وابنا بناته من غير المرضعة لانهم ابنا اخوة المرضعة واخواتها
لاب من الرضاعة وعلى هذا اذا كان لرجل امراتان فحملتا منه وارضعت
كل واحدة منهما صغيرا اجنبيا فقد صارا اخوين لاب من الرضاعة فان كان
احدهما انثى لا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخوها لابيها من الرضاع وان
كانتا انثيين لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان لاب من الرضاعة
وتحرم على ابا زوج المرضعة لانهم اجدادها من قبل الاب من الرضاعة وكذا
على اخوته لانهم اعمامها من الرضاعة واخواته عمات المرضع فيحرمن عليه
واما اولاد اخوته واخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات
ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاعة هذا تفسير لبن الفحل احتج
من قال انه لا يحرم بان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين
في جانب الزوج بقوله وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة
في جانبهما لبينها كما في النسب بقوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ولان
المحرم هو الارضاع وانه وجد منها لا منه فصارت بنتا لها لا له والدليل عليه
انه لو نزل للزوج لبن فارتضعت صغيرة لم تحرم عليه فاذا لم تثبت
الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ولنا الحديث المشهور وهو قول
النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان عايشة
رضي الله عنها قالت جا عمي من الرضاعة فاستاذن علي فابيت ان اذن له
حتى اسال رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالته فقال انه عمك فاذني له
فقلت يا رسول الله انما ارضعتني المراة ولم يرضعني الرجل فقال عليه السلام

انه عمك فليلج عليك فقالت عايشة رضي الله عنها وذلك بعد ان ضرب علينا
الحجاب اي بعد ما امر الله تعالى النسا بالاحتجاب عن الاجانب وقيل كان
الداخل عليها افلح اخا ابي القعيس وكانت امراة ابي القعيس ارضعتها
وعن عمرة ان عايشة رضي الله عنها اخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستاذن في بيت حفصة قالت
عايشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستاذن في بيتك فقال اراه فلانا
لعم حفصة من الرضاعة فقلت يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمي من
الرضاعة كان يدخل علي قال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة
وعن علي رضي الله عنه انه قال لا تنكح من ارضعته امراة ابيك ولا امراة
اخيك ولا امراة ابنك وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه سيل عن رجل له امراتان
او امراة وجارية فارضعت هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح للغلام ان يتزوج
الجارية فقال لا اللقاح واحد بين الحلم واشار الى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولان
المحرم هو اللبن وسبب اللبن ما الرجل وما المراة جميعا فيجب ان يكون الرضاع
منهما جميعا كما ان الولد لهما جميعا واما قولهم ان الله تعالى بين الحرمة في
جانب المرضعة لا في جانب زوجها فنقول ان لم يبينها نصا فقد بينها دلالة
وهذا لان البيان من الله تعالى بطريقين بيان احاطة وبيان كفاية فبين
في النسب بيان احاطة وبين في الرضاع بيان كفاية تسليطا للمجتهدين
على الاجتهاد والاستدلال بالمنصوص عليه على غيره وهو ان الحرمة في جانب
المرضعة ان لم يثبتها نصا فقد بينها دلالة وهذا لان البيان من اللبن وسبب
حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا وكان الرضاع منهما جميعا وهذا
لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل الجزوية والبعضية لانه ينبت اللحم
وينشز العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله
ماؤهما وبارتضاع اللبن تثبت الجزوية بواسطة نبات اللحم يقام سبب
الجزئية مقام حقيقة الجزية في باب الحرمات احتياطا والسبب يقام
مقام المسبب خصوصا في باب الحرمات الا ترى ان المراة تحرم على جدها
كما تحرم على ابيها وان لم يكن تحريمها على جدها منصوصا عليه في الكتاب
لكن لما كان مبينا بيان كفاية وهو ان البنت وان وجدت من ما الاب حقيقة
دون ما الجد لكن الجد سبب ما الاب اقيم السبب مقام المسبب في جانب
الحرمة احتياطا كذا هاهنا والدليل عليه انه لم يذكر البنات من الرضاعة

لكان اللبن ... المحرم هو

نصا

نصا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات من الرضاعة نصا وانما ذكر الاخوات
ذكرا لبنات الاخوة والاخوات دلالة حتى حرمن بالاجماع كذلك هاهنا
على انه لم يبين بوحي متلو فقد بين بوحي غير متلو على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد خرج
الجواب عن قوله ان الارضاع وجد منها لما ذكرنا انه وجد منهما لان سبب
حصول اللبن ماؤهما جميعا فكان الارضاع منهما واما الزوج اذا انزل
له لبن فارضعت به صغيرة فذاك لا يسمى رضاعا عرفا وعادة ومعنى
الرضاع لا يحصل به وهو اكتفا الصغير به في الغذا لانه لا يغنيه من جوع
فصار كلبن الشاة والله الموفق ثم انما تثبت الحرمة في جانب الزوج اذا
كان لها زوج فاما اذا لم يكن لها زوج بان ولدت من الزنا فنزل لها
لبن فارضعت به صبيا فالرضاع يكون منها لا من الزاني لان نسبه يثبت
منها لا من الزاني والاصل ان كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع
ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع وكذا البكر اذا انزل لها
لبن وهي لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق
وكذلك كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الاربع الذين وصفناهم
في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل ام زوجته
وبنتها من زوج اخر من الرضاع كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس
العقد على البنت اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام كما في
النسب وكذا جدات زوجته من ابيها وامها وان علون وبنات بناتها
وبنات ابنايها وان سفلن من الرضاع كما في النسب وكذا تحرم حليلة ابن
الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على اب الرضاع واب ابيه وان علا
كما في النسب وتحرم منكوحة اب الرضاع واب ابيه وان علا على ابن
الرضاع وابن ابنه وان سفل وكذا تحرم بالوطي ام الموطوة وبنتها من
الرضاع على الواطي وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوة
على اب الواطي وابنه من الرضاع وكذا على اجداده وان علوا وعلى ابنا ابنايه
وان سفلوا كما في النسب سوا كان الوطي حلالا بان كان بملك اليمين او كان
الوطي بنكاح فاسد او شبهة نكاح او كان زنا عندنا وعند الشافعي الزنا
لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب حرمة الرضاع والمسلة قد مرت في
كتاب النكاح ثم قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

وان ام

جميعا صح

بلغ

يجري على عمومه الا في مسئلتين احدهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج باخت
ابنه من النسب لامه وهو ان يكون لابنه اخت من امه من النسب من زوج
اخر كان لها ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع وهو ان يكون لابنه من
الرضاع اخت من النسب لم ترضعها امراته لان المانع في النسب كون ام الاخت   من الجوازم
موطوءة المتزوج لان امها اذا كانت موطوئته كانت هي بنت الموطوءة وانها
حرام وهذا لم يوجد في الرضاع ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز في النسب
والثانية انه لا يجوز للرجل ان يتزوج ام اخته من النسب لابيه وهو ان يكون
له اخت من ابيه من النسب لا من امه لا يجوز له ان يتزوج ام هذه الاخت ويجوز
ان يتزوج ام اخته من الرضاع وهو ان يكون له اخت من الرضاعة فيتزوج
امها من النسب لان المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة ابيه وهذا لم
يوجد في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب ويجوز للرجل ان يتزوج
اخت اخيه لابيه من النسب وصورته منكوحة ابيه اذا ولدت ابنا ولها
بنت من زوج اخر فهي اخت اخيه لابيه فيجوز له ان يتزوجها وكذا يجوز
للرجل ان يتزوج اخت اخيه من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز لزوج المرضعة
ان يتزوج ام المرضع من النسب لان المرضع ابنه ويجوز للانسان ان يتزوج
ام ابنه من النسب وكذا اب المرضع من النسب يجوز له ان يتزوج المرضعة   من النسب
لانها ام ابنه من الرضاع فهي كام ابنه ولذا يجوز له ان يتزوج محارم اب
الصبي من الرضاعة او النسب كما يجوز ان يتزوج بامه والله الموفق فصل
واما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند   الصغر اما في حال
عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا ما روي عن عايشة رضي الله عنها
انه يحرم في الصغر والكبر جميعا واحتجت بظاهر قوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين حال وحال الكبر وروي   الصغر
ان ابا حذيفة رضي الله عنه تبنى سالما وكان يدخل على امراته سهلة بنت سهيل
فلما نزلت اية الحجاب اتت سهلة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول
الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى
في شانه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضعيه عشر رضعات   وروي ارضعيه خمس رضعات تحرمي عليه
ثم يدخل عليك وكان سالم كبيرا فقد دل ان الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد
عملت رضي الله عنها بهذا الخبر بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روي
انها كانت اذا ارادت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم بنت

ابي بكر

ابي بكر الصديق رضي الله عنهم وبنات اخيها عبد الرحمن بن ابي بكر الصديق
ان يرضعنه فدل عملها بالحديثه بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم على انه
غير منسوخ ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوما
على عايشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله
م عليه وسلم فقال من هذا فقالت عايشة هذا عمي من الرضاعة فقال عليه السلام
انظرن ما الرضاعة انما الرضاعة من المجاعة اشار الى ان الرضاع في
ع الصغر هو المحرم اذ هو الذي يدفع الجوع فاما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما انبت اللحم وانشز العظم
وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لان رضاعة لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم
وروي عنه عليه السلام انه قال الرضاع ما فتق الامعاء ورضاع الصغير هو   رضعة
الذي يفتق الامعاء لا رضاع الكبير لان امعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن لكونه
من الطف الاغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه بقوله لبنا خالصا سايغا
للشاربين فاما امعاء الكبير فمنفتقة لا تحتاج الى الفتق باللبن وروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد فصال وروي ان رجلا من اهل
البادية ولدت امراته ولدا فمات ولدها فورم ثدي المراة فجعل الرجل
يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه فسال عنه ابا موسى الاشعري
رضي الله عنه فقال قد حرمت عليك ثم جا الى عبد الله بن مسعود فسال فقال
عبد الله بن مسعود هل سالت عنها احدا قبلي فقال نعم سالت ابا موسى الاشعري
فقال حرمت عليك فجا ابن مسعود الى ابي موسى الاشعري فقال له اما
علمت انه لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم فقال ابو موسى الاشعري   عزم
لا تسالوني عن شي ما دام هذا الحبر بين اظهركم وعن عبد الله بن عمر ان رجلا
جا الى عمر رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة فاطيها فعمدت امراتي اليها
فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فوالله لقد ارضعتها فقال عمر
واقعها فهي جاريتك فانما الرضاعة عند الصغر وبهذا تبين ان ليس
المراد من الاية رضاع الكبير لان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الرضاع المحرم
بكونه دافعا للجوع منبتا للحم منشزا للعظم فاتقا للامعاء وهذا وصف   السقوم
رضاع الصغير لا الكبير فصارت مبينة لما في الكتاب اصله واما حديث
سالم فالجواب عن التعلق به من وجهين احدهما يحتمل انه كان مخصوصا بذلك
يدل عليه ما روي ان سا[ير] ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ابين ان يدخل عليهن بالرضاع

في حال الكبر عليهن احد من الرجال وقلن ما نرى الذي امر به النبي صلى الله
عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة في سالم وحده فهذا يدل على ان
سالما كان مخصوصا بذلك وما كان من خصوص بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل
القياس ولا يترك به الاصل المقرر في الشرع والثاني ان رضاع الكبير كان
كان محرما ثم صار منسوخا بما روينا من الاخبار واما عمل عايشة رضي الله عنها
فقد روي عنها ما يدل على رجوعها فانه روي عنها انها قالت لا يحرم من
الرضاع الا ما انبت اللحم والدم وروي انها كانت تامر بنت اخيها عبد الرحمن
بن ابي بكر ان ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها اذا صاروا رجالا على ان
عملها معارض بعمل ساير ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فانهن كن لا يرين
ان يدخل عليهن بتلك الرضاعة عليهن احد من الرضاع الرجال والمعارض
لا يكون حجة واذا ثبت ان رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا
بد من بيان الحد الفاصل بين الكبير والصغير في حكم الرضاع وهو بيان مدة
الرضاع المحرم وقد اختلف فيه قال ابو حنيفة رحمه الله ثلاثون شهرا ولا يحرم
بعد ذلك سوا فطم او لم يفطم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله حولان لا يحرم
بعد ذلك فطم او لم يفطم وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر ثلاثة احوال — وقال بعضهم اربعون سنة صح
وقال بعضهم خمسة عشر سنة احتج ابو يوسف ومحمد بقوله تعالى والوالدات — وليس ورا التمام شي
يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة جعل الله تعالى
الحولين تمام مدة الرضاع وليس ورا التمام شي وبقوله تعالى وفصاله في
عامين وقوله وحمله وفصاله ثلاثون شهرا واقل مدة الحمل ستة اشهر
فتبقى مدة الفصال سنتين وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع
بعد الحولين وهذا نص في الباب ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى وامهاتكم — بلا رضاع صح
اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة اثبت الحرمة مطلقا عن التعرض لزمان الارضاع
الا انه قام الدليل على ان زمان ما بعد الثلاثين شهرا ليس بمراد فيعمل باطلاقه
فيما وراه وقوله تعالى فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور والاستدلال
به من وجهين احدهما انه اثبت لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان
الفا للتعقيب فيقتضي بقا الرضاع بعد الحولين لتتحقق الفصال بعدهما
والثاني انه اثبت لهما ارادة الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال الا عن
الرضاع فدل على بقا حكم الرضاع في مطلق الوقت الى ان يقوم الدليل على التقييد
وقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم اثبت لهم ارادة الاسترضاع

مطلقا

مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل ولان الرضاع
انما يوجب الحرمة لكونه منبتا للحم منشزا للعظم على ما نطق به الحديث
ومن المحال عادة ان يكون منبتا في الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة
لطيفة لان الله تعالى ما اجرى العادة بتغيير الغذا الا في مدة معتبرة
ولان المراة قد تلد في البرد الشديد والحر الشديد فاذا تم على الصبي
سنتان لا يجوز ان تومر المراة بفطامه لانه يخاف منه الهلاك على الولد اذ لم
يتعود بغيره من الطعام فلا بد ان تومر بالرضاع ومحال ان تومر بالرضاع
ويحرم عليها الرضاع في وقت واحد فدل ان الرضاع بعد الحولين يكون
رضاعا الا ان ابا حنيفة رحمه الله استحسن في تقدير مدة ابقا الرضاع
بعد الحولين بستة اشهر لانه اقل مدة تغير الولد فان الولد يبقى في بطن
امه ستة اشهر يتغذى بغذايها ثم ينفصل فيصير اصلا في الغذا اوقدر
اعتبر بعد الحولين سنة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضاع في ابتدا السنة
الثالثة لما قاله ابو حنيفة رحمه الله يثبت في بقيتها كالسنة الاولى
والثانية واما الاية الاولى ففيها ان الحولين مدة الرضاع في حق من لم — في حق من اراد اتمام الرضاعة وهذا لا ينفي ان يكون الزايد على الحولين من الرضاع ٣
يرد اتمام الرضاع معما ان ذكر الشي بالتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه
الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه وهذا لا يمنع
زيادة الفرض عليه فان طواف الزيارة من فروض الحج على ان في الاية ان
الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع في حق الحرمة او في
حق وجوب اجر الرضاع على الاب فالنص لا يتعرض له وعندنا هما
تمام مدة الرضاع في حق وجوب الاجر على الاب حتى ان الام المطلقة اذا
طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا اجر لم يجبر الاب على اجر
الرضاع فيما زاد على الحولين او تحمل الاية على هذا توفيقا بين الدلايل لان
دلايل الله تعالى لا تتناقض واما الاية الثانية فالفصال في عامين
لا ينفي الفصال في اكثر من عامين كما لا ينفيه في اقل من عامين عن تراض
منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالمسكوت كقوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا انه لا يمنع جواز الكتابة اذا لم يعلم فيهم خيرا واما
الاية الثالثة فيحتمل ما ذكرتم ان المراد من الحمل هو الحمل بالبطن
والفصال هو الفطام فتقتضي ان تكون مدة الرضاع سنتين ومدة
الحمل ستة اشهر كما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ويحتمل ان

فيقتضي ان تكون الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لانه يحمل باليد والحجر ٣

يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فهذه المدة غالبا الا ان يكون بعض هذه
للحمل وبعضها للفصال لان اضافة الشيئين الى وقت لا يقتضي قسمة الوقت
عليهما بل يقتضي ان يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول
القايل صومك وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي قسمة الوقت
عليهما بل يقتضي كون الشهر كله وقتا لكل واحد منهما فيقتضي ان تكون
الثلاثون شهرا مدة الرضاع كما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله فلا يكون حجة
مع الاحتمال على ان وقع التعارض بين ظاهر الايات لكن ما تلونا حاظر أنه ٣
وما تلوتم مبيح والعمل بالحاظر اولى احتياطا واما الحديث فالمشهور لا رضاع
بعد فصال ونحن نقول بموجبه فجاز ان يكون اصل الحديث هذا فان
من ذكر الحولين حمله على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل ان يكون
معناه لا رضاع بعد الحولين على الاب في حق وجوب الاجر عليه على ما ذكرنا
من تاويل الاية او يحمل على هذا عملا بالدلايل كلها والله الموفق ثم الرضاع يحرم
في المدة على اختلافهم فيها فطم في المدة او لم يفطم هذا جواب ظاهر قول
اصحابنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقي بعد ذلك في المدة
كان ذلك رضاعا محرما ولا يعتبر الفطام وانما يعتبر الوقت فيحرم عند
ابي حنيفة ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان في السنتين لان
الرضاع في وقته عرف محرما في الشرع بما ذكرنا من الدلايل من غير فصل
بينما اذا فطم او لم يفطم وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا فطم في
السنتين حتى استغنى بالفطام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين او الثلاثين
شهرا لم يكن ذلك رضاعا لانه لا رضاع بعد فطام وان هي فطمته فاكل
اكلا ضعيفا لا يستغني به عن الرضاع ثم عاد فارضع كما يرضع اولا في
الثلاثين شهرا فهو رضاع يحرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم
ويحتمل ان تكون رواية الحسن تفسيرا لظاهر قول اصحابنا وهو ان الرضاع
في المدة بعد الفطام انما يكون رضاعا محرما اذا كان رضاعا تاما بان كان
لا يستغني بالطعام عن الرضاع فان استغنى لا يحرم بالاجماع ويحمل قول
النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال على الفصال المتعارف المعتاد
وهو الفصال التام المغني عن الرضاع والله اعلم ويستوي في الرضاع المحرم
قليله وكثيره عند عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن
عبد الله بن الزبير وعايشة رضي الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه اخذ

الشافعي

الشافعي فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روي عن عايشة
رضي الله عنها كان فيما نزل عشر رضعات يحرمن ثم صرن الى خمس فتوفي
النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرا وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولان الحرمة للرضاع
لكونه منبتا للحم منشزا للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه ولنا
قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة مطلقا عن
القدر وروي عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله
عنهم انهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سوا وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه قال الرضعة الواحدة تحرم وروي انه لما بلغه ان عبد الله بن الزبير
يقول لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان فقال قضا الله خير من قضا ابن
الزبير وتلا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
وروي انه لما بلغه ان عايشة تقول لا تحرم المصة ولا المصتان قال
حكم الله اولى من حكمها واما حديث عايشة رضي الله عنها فقد قيل انه
لم يثبت وهو الظاهر فانه روي انها قالت توفي النبي صلى الله عليه وسلم
وهو مما يتلى في القران فما الذي نسخه ولا نسخ بعد وفاة النبي صلى الله
عليه وسلم ولا يحتمل ان يقال ضاع شي من القران ولهذا ذكر الطحاوي في
اختلاف العلما ان هذا حديث منكر وانه من صيارفة الحديث ولين
ثبت فيحتمل انه كان في رضاع الكبير فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير
واما حديث المصة والمصتين فقد ذكر الطحاوي ان في اسناده اضطرابا
لان مداره على عروة بن الزبير عن عايشة رضي الله عنها وروي انه سيل
عروة عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وان كان قطرة واحدة يحرم
والراوي اذا عمل بخلاف ما روى اوجب ذلك وهنا في الحديث لانه لو
ثبت عنده لعمل به على انه ان ثبت فيحتمل ان الحرمة لم تثبت لعدم القدر ر
المحرم ويحتمل انها لما لم يعلم ان اللبن وصل الى جوف الصبي ام لا وما لم لم تثبت صح
يصل لا يحرم فلا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن الواحدة م
عباس رضي الله عنهما اذا عق الصبي فقد حرم حين سيل عن الرضعة هل تحرم
لان العقي اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد اسود لزج اذا وصل اللبن الى
جوفه يقال هل عققتم صبيكم اي هل سقيتموه عسلا ليسقط عنه عقيه
انما ذكر ذلك ليعلم ان اللبن قد صار في جوفه لانه لا يعقي من ذلك اللبن حتى

يصير في جوفه ويحتمل انه كان ذلك في رضاع الكبير حين ما كان محرما ثم
نسخ باصله وقدره علي ان هذه الاحاديث ان ثبتت فهي مبيحة وما تلونا
محرم والمحرم يقضي علي المبيح احتياطا واما قوله ان الرضاع انما يحرم
لكونه منبتا للحم منشزا للعظم فنقول القليل منشز بقدره فوجب ان
يحرم ثم هذا الاعتذار باطل علي اصله لان الجرعة الكبيرة عنده لا تحرم ومعلوم
ان الجرعة الواحدة الكبيرة في انبات اللحم وانشاز العظم فوق خمس رضعات
صغار فدل انه لا مدار علي هذا وكذا يستوي فيه لبن الحية والميتة بان
يحلب لبنها بعد موتها في قدح فاوجر الصبي عندنا وقال الشافعي لبن
الميتة لا يحرم ولا خلاف في انه اذا احلب لبنها في حياتها فاوجر به
الصبي بعد موتها انه يثبت الحرمة وجه قوله ان حكم الرضاع هو الحرمة
والمراة بالموت خرجت من ان تكون محلا لهذا الحكم ولهذا لم تثبت حرمة
المصاهرة بوطيها عندكم فصار كلبن البهايم ولو ان صبيين ارتضعا من لبن
بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا واذا لم تثبت الحرمة في حقها
لا تثبت في حق غيرها ولان المرضعة اصل في الحكم يثبت في حقها فكيف
يتعدي الي غيرها بخلاف ما اذا احلب حال حياتها واوجر الصبي
بعد وفاتها لانها كانت محلا قابلا للحكم وقت انفصال اللبن منها فلا
يبطل بموتها بعد ذلك وها هنا بخلافه ولان اللبن قد ينجس بموتها
لتنجس وعايه وهو الثدي فاشبه البول والدم ولنا الحديث المشهور
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
وقوله صلي الله عليه وسلم الرضاعة من المجاعة وقوله الرضاع ما انبت اللحم
وانشز العظم وقوله الرضاع ما فتق الامعا فيوجب الحرمة ولان اللبن كان
محرما في حال حياتها والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روي
عن عمر رضي الله عنه انه قال اللبن لا يموت ولانه حل محل الحياة ولا حياة في
اللبن الا تري انها لا تتالم باخذه في حال حياتها والحيوان يتالم باخذ ما فيه
حياة من لحمه وساير اعضايه فاذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت
المراة كحاله قبل موتها وقبل الموت يحرم كذا بعده واما قوله المراة بالموت
خرجت من ان تكون محلا للحرمة وهي الاصل في هذه الحرمة فنقول الحرمة في
حال الحياة ما ثبتت باعتبار الاصالة والتبعية بل باعتبار انبات اللحم وانشاز
العظم وقد بقي هذا المعني بعد الموت فتبقي الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة

هذا م

م ثم تتعدى الى غيرها فاذا لم تثبت في حقها م

٤ واسم الرضاع لا يقع على الارضاع من الثدي فان العرب تقول ... وان كان رضع بلبن الشاة في ... لا على فعل الارضاع منها بدليل انه لو ارضع الصبي منها وهي نائمة يسمى ذلك رضاعا حتى تحرم ويقال ايضا ارضع هذا الصبي بلبن غنم الميتة كما يقال ارضع بلبن الحية م

م ولبن الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشز العظم ويفتق الامعاء م

لانها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم او باعتبار الجزئية والبعضية لكون
الوطي سببا لحصول الولد وكل واحد من المعنيين لا ينفقد بعد الموت
لذلك افترقا وقوله اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا شي بناه علي اصله اما
علي اصل اصحابنا اللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت وان نجس الوعا
الاصلي له ونجاسة الظرف انما توجب نجاسة المظروف اذا لم يكن الظرف
معدنا للمظروف وموضعا له في الاصل فاما اذا كان ذلك ومظانه فنجاسته
لا توجب نجاسة المظروف الا تري ان الدم الذي يجري بين اللحم والجلد لا ينجس
اللحم لما كان في معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو حلب
لبنها في حال حياتها في وعا نجس فاوجر به الصبي يحرم ولا فرق بين
الوعايين اذا النجس في الحالين ما يجاور اللبن لا عينه ثم نجاسة الوعا
التي ليس بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له اولي
ويستوي في تحريم الرضاع الارتضاع والاسعاط والايجار لان المؤثر في
التحريم هو حصول الغذا باللبن وانبات اللحم وانشاز العظم وسد
المجاعة لانه تتحقق الجزوية وذلك يحصل بالاسعاط والايجار لان السعوط
يصل الي الدماغ ويصل الي الحلق فيغذي ويسد الجوعة والوجور يصل
الي الجوف فيغذي واما الاقطار في الاذن فلا يحرم لانه لا يعلم وصوله الي
الدماغ لضيق الخرق في الاذن وكذلك الاقطار في الاحليل لانه لا يصل الي
الجوف فضلا عن الوصول الي المعدة وكذلك الاقطار في العين والذي ربما
قلنا وكذلك الاقطار في الجايفة والامة لان الجايفة تصل الي الجوف لا الي
المعدة والامة ان كان تصل الي المعدة لكن ما يصل اليها من الجراحة لا يحصل
به الغذا فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بان حقن الصبي باللبن في
الرواية المشهورة وروي عن محمد انها تحرم وجه هذه الرواية انها
وصلت الي الجوف حتي اوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل الي الجوف من الفم
وجه ظاهر الرواية ان المعتبر في هذه الحرمة هو معني التغذي والحقنة
لا تصل اليها فلا يحصل بها انبات اللحم ونشوز العظم واندفاع الجوع فلا
توجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضا او رايبا او شيرازا او جبنا او اقطا او
مصلا فتناوله الصبي لا تثبت به الحرمة لان اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا
ينبت اللحم ولا ينشز العظم ولا يكتفي به الصبي في الاغتذا فلا يحرم ولو اختلط
اللبن بغيره فهذا علي وجوه اما ان اختلط بالطعام او بالدوا او بالما او بلبن البهايم

موضعه م

م فالذكا م

م لا تصل الى موضع الغذاء لان موضع الغذاء هو المعدة والحقنة م

اوبلبن امراة اخرى فان اختلط بالطعام فان مسته النار حتى نضج لم يحرم في قولهم جميعا
لانه تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فان كان الغالب هو الطعام لم تثبت
الحرمة لان الطعام اذا غلب سلب قوة اللبن وازال معناه وهو التغذي فلا تثبت
الحرمة وان كان اللبن غالبا للطعام وهو طعام يستبين لا تثبت به الحرمة في قول
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تثبت وجه قولهما ان اعتبار الغالب والحاق
المغلوب بالعدم اصل في الشرع فيجب اعتباره ما امكن كما اذا اختلط بالما وبلبن
الشاة ولابي حنيفة ان الطعام وان كان اقل من اللبن فانه يسلب قوة اللبن فانه
يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك في حس البصر فلا تقع الكفاية به في
تغذية الصبي فكان اللبن مغلوبا معنى وان كان غالبا صورة وان اختلط بالدوا
او بالدهن او بالنبيذ يعتبر فيه الغالب فان كان اللبن غالبا يحرم لان هذه
الاشيا لا تخل بصفة اللبن وصيرورته غذا بل يتقرر ذلك لانها انما تخلط
باللبن ليوصل اللبن الى ما كان لا يصل اليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ
ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الاشيا اولى وان كان الدوا هو الغالب
لا تثبت به الحرمة لان اللبن اذا صار مغلوبا صار مستهلكا فلا يقع به
التغذي فلا تثبت به الحرمة وكذا اذا اختلط بالما يعتبر فيه الغالب ايضا
فان كان اللبن غالبا تثبت به الحرمة وان كان الما غالبا لا تثبت وهذا عندنا
وقال الشافعي اذا اقطر من الثدي مقدار خمس رضعات في جب من ما فسقي منه
الصبي تثبت الحرمة وجه قوله ان اللبن وصل الى جوف الصبي بقدره
في وقته فتثبت الحرمة كما اذا كان اللبن غالبا ولا شك في وقت الرضاع
والدليل على ان القدر المحرم وصل الى جوف الصبي ان اللبن وان كان مغلوبا
فهو موجود شايع في اجزا الما وان كان لا يرى فيوجب الحرمة ولنا ان
الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التغذي على ما نطقت به الاحاديث
واللبن المغلوب بالما لا يغذي الصبي لزوال قوته الا ترى انه لا يقع الاكتفا
به في تغذية الصبي فلم يكن محرما وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر
الجصاص ان جواب الكتاب ينبغي ان يكون قولهما فاما على قول ابي حنيفة
ينبغي ان لا يحرم وان كان اللبن غالبا وقاس الما على الطعام وجمع بينهما من حيث
ان اختلاطه بالما يسلب قوته وان كان الما قليلا كاختلاطه بالطعام القليل
وفي ظاهر الرواية اطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط بلبن البهايم
كلبن الشاة وغيره ذلك يعتبر فيه الغالب لما ذكرنا ولو اختلط لبن المراة بلبن امراة

اخرى

اخرى فالحكم للغالب منهما في قول ابي يوسف وروي عن ابي حنيفة كذلك وعند محمد
تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وجه قول محمد ان اللبنين من جنس واحد
والجنس لا يغلب الجنس فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكا فلا يصير
القليل بالخلط مستهلكا في الكثير فيغذي كل واحد منهما بقدره بانبات اللحم
وانشاز العظم وسد الجوعة لان احدهما لا يسلب قوة الاخر والدليل على ان خلط
الجنس بالجنس لا يكون استهلاكا ان من غصب من اخر زيتا فخلطه بزيت اخر
اشتركا فيه في قولهم جميعا ولو خلطه بشيرج او بدهن اخر من غير جنسه
يعتبر الغالب فان كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه ان ياخذ ويعطيه
قسط ما اختلط بزيته وان كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكا
فيه ولم يكن له ان يشاركه فيه ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك
على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين وابو يوسف اعتبر هذا النوع
من الاختلاط باختلاط اللبن بالما وهناك الحكم للغالب كذا ههنا ولمحمد ان يفرق بين
الفصلين فان اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الاخلال بمعنى التغذي
من كل واحد منهما بقدره لان احدهما لا يسلب قوة الاخر وليس كذلك اختلاط
اللبن بالما واللبن مغلوب لان الما يسلب قوة اللبن او يخل به فلا يحصل التغذي
او يختل والله اعلم ولو طلق الرجل امراته ولها لبن من ولد كانت ولدته منه
فانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر وهي كذلك فارضعت صبيا عند
الثاني ينظر ان ارضعت قبل ان تحمل من الثاني فالرضاع من الاول بالاجماع لان
لان اللبن نزل من الاول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا يرتفع
بالموت وكما لو حلبت منها لبنا ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع عن لبنها كذا هذا
وان ارضعت بعد ما وضعت من الثاني فالرضاع من الثاني بالاجماع لان اللبن
منه ظاهر وان ارضعت بعد ما حملت من الثاني قبل ان تضع فالرضاع من
الاول الى ان تضع في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان علم ان هذا اللبن
من الثاني بان ازداد لبنها فالرضاع من الثاني وان لم يعلم فالرضاع من
الاول وروي عنه الحسن بن زياد انها اذا حبلت فاللبن للثاني وقال
محمد وزفر الرضاع منهما جميعا الى ان تلد فاذا ولدت فهو من الثاني وجه
قول محمد ان اللبن الاول باق والحمل سبب لحدوث زيادة اللبن فيجتمع
لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط احد اللبنين بالاخر
بخلاف ما اذا وضعت لان اللبن الاول ينقطع بالوضع ظاهرا وغالبا فكان

اللبن من الثاني وكان الرضاع منه وجه ظاهر قول ابي يوسف ان الحامل قد
ينزل لها لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل ان الزيادة من الحمل
الثاني اذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينتقص اذ العادة ان اللبن ينتقص لمضي
الزمان فلا يزداد فكانت الزيادة دليلا على انها من الحمل الثاني وجه
رواية الحسن عنه ان العادة ان بالحمل ينقطع اللبن الاول ويحدث عنده
لبن اخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الاول فكان الرضاع
منه لا من الاول ولابي حنيفة رحمه الله ان نزول اللبن من الاول ثبت بيقين
لان الولادة سبب لنزول اللبن بيقين عادة فكان حكم الاول ثابتا بيقين
فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب مثله بيقين وهو ولادة اخرى لا — آخر صح
الحمل لان الحامل قد ينزل لها اللبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع
والثابت بيقين لا يزول بالشك واما قول ابي يوسف لما ازداد اللبن
دل على حدوث اللبن من الثاني فممنوع ان زيادة اللبن تدل على حدوث
اللبن من الحمل فان لزيادة اللبن اسبابا من زيادة الغذا وجودته وصحة
البدن واعتدال الطبيعة وغير ذلك فلا بد الحمل على حدوث الزيادة
بالشك فلا ينقطع الحكم عن الاول وقد خرج الجواب عما قاله محمد رحمه الله
والله الموفق ويستوي في تحريم الرضاع المقارن للنكاح والطاري عليه — الرضاع لم صح
لان دلايل التحريم لا توجب الفصل بينهما وبيان هذا الاصل اذا تزوج — في مسائل صح
صغيرة فارضعتها امه من النسب او من الرضاع حرمت عليه لانها صارت
اختا له من الرضاعة فتحرم عليه كما في النسب وكذا اذا ارضعتها اخته او
بنته من النسب او بنته من الرضاعة لانها صارت بنت اخيه او بنت
بنته من الرضاعة وانها تحرم من الرضاع كما تحرم من النسب ولو تزوج
صغيرتين رضيعتين فجاءت امراة اجنبية فارضعتهما معا او على
التعاقب حرمتا عليه لانهما صارتا اختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما
كما في حالة البقا كما يحرم في حالة الابتدا كما في النسب فان كن ثلاثا فارضعتهن — ويجوز ان يتزوج احدىها ايتهن شا لان التحريم هو الجمع كما في النسب صح
جميعا معا حرمن عليه لانهن صرن اخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهن
وله ان يتزوج واحدة منهن ايتهن شا لما قلنا وان ارضعتهن على التعاقب
واحدة بعد واحدة حرمت عليه الاوليان وكانت الثالثة امراته لانها لما
ارضعت الاولى والثانية صارتا اختين فبانتا منه فاذا ارضعت الثالثة
فقد صارت اختا لهما لكنهما اجنبيتين فلا يتحقق الجمع فلا تبين منه وكذا

اذا

اذا ارضعت الثنتين معا ثم الثالثة حرمتا والثالثة امراته لما قلنا ~~وان ارضعت~~
~~الاولى~~ ولو ارضعت الاولى ثم الثنتين معا حرمن جميعا لان الاولى لم تحرم بدا الا — رضاع
لعدم الجمع فاذا ارضعت الاخريين معا صرن اخوات في حالة واحدة فيفسد
نكاحهن ولو كن اربعا صبايا فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة
حرمن جميعا لانها لما ارضعت الثانية فقد صارت اختا للاولى فحصل الجمع
بين الاختين من الرضاعة فبانتا ولما ارضعت الرابعة فقد صارت اختا للثالثة
فحصل الجمع فبانتا وحكم المهر والرجوع في هذه المسايل نذكره في المسلة التي
تليها وهي ما اذا تزوج كبيرة وصغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة اما حكم
النكاح فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت بنتا لها والجمع بين الام والبنت
من الرضاع نكاحا حرام كما يحرم من النسب ثم ان كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة
لا يجوز ان يتزوج واحدة منهما ابدا كما في النسب وان كان قبل ان يدخل بالكبيرة
جاز له ان يتزوج الصغيرة لانها ربيبته من الرضاع لم يدخل بامها فلا يحرم
عليه نكاحها كما في النسب ولا يجوز ان يتزوج الكبيرة ابدا لانها ام منكوحته
من الرضاع فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها او لم يدخل بها كما في النسب
واما حكم المهر فاما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سوا
تعمدت الفساد او لم تتعمد لان المهر قد تاكد بالدخول فلا يحتمل السقوط
بعد ذلك فلها مهرها ولها السكنى ولا نفقة لها لان السكنى حق الله تعالى
فلا تسقط بفعلها والنفقة تجب حقا لها بطريق الصلة وبطريق الارضاع
خرجت عن استحقاق الصلة فان كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها
ولا سكنى ولا نفقة سوا تعمدت الفساد او لم تتعمد لان الاصل ان الفرقة الحا — صلة
قبل الدخول توجب سقوط كل المهر لان المبدل يعود سليما الى المراة وسلا — مة
المبدل لاحد المتعاقدين يوجب سلامة البدل للاخر لئلا يجتمع البدل
والمبدل في ملك واحد في عقد المبادلة كان ينبغي ان لا يجب على الزوج
شي سوا كانت الفرقة بطلاق او بغير طلاق الا ان الشرع اوجب عليه
في الطلاق قبل الدخول مالا مقدرا بنصف المهر المسمى ابتدا بطريق المتعة
صلة لها وتطييبا لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق بفوات نعمة الزوجية
عنها من غير رضاها فاذا ارضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق — ع
شيا واما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلما وقال الاشي

لما وجه قوله ان الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهي ارضاعها
لان بذلك يحصل اللبن في جوفها فينبت اللحم وينشر العظم وتحصل الجزوية
التي هي المعنى المؤثر في الحرمة وانما الموجود من المرضعة التمكين من ارضاعها
بالقامها ثديها فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على
الزوج للصغيرة شيء ولا يجب على المرضعة للزوج شيء ايضا ولما ذكرنا
ان الفرقة من اينهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا وانما يجب
نصف المهر مقدرا بالمسمى ابتداء صلة للمراة نظرا لها ولم يوجد من الصغيرة
ما يوجب خروجها عن استحقاق الصلة لان فعلها لا يوصف بالحظر
وليست هي من اهل الرضا ليجعل فعلها دلالة الرضى بارتفاع النكاح فلا يحرم
نصف الصداق بخلاف الكبيرة لان اقدامها على الارضاع دلالة الرضا
بارتفاع النكاح وهي من اهل الرضا وارضاعها جناية فلا تستحق النظر
بايجاب نصف المهر لها اذ الجاني لا يستحق النظر بل يستحق الزجر
وذلك بالحرمان لان لا يفعل مثله في المستقبل فلا يجب لها شيء سواء تعمدت
الفساد او لم تتعمد لان فعلها جناية في الحالين ويرجع الزوج بما ادى على
الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد لا يرجع وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد لا يرجع عليها بشيء سواء تعمدت الفساد
او لم تتعمد كذا ذكر مشايخنا قول محمد وروي عن محمد ان له ان يرجع عليها
سواء تعمدت او لم تتعمد وقول زفر وبشر المريسي والشافعي رحمهم الله هو م
عليهم وجه قولهم ان هذا ضمان الاتلاف وانه لا يختلف بالعمد والخطا والدليل
على ان هذا ضمان الاتلاف ان الفرقة حصلت من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق
المهر اصلا وراسا سواء تعمدت الفساد او لم تتعمد واذا كان حصول الفرقة
من قبلها بارضاعها صارت بالارضاع موكدة نصف المهر على الزوج لانه كان
محتمل السقوط بردتها او تمكينها من ابن زوجها وتقبيلها اذا كبرت
فهي بالارضاع اكدت نصف الصداق عليه بحيث لا يحتمل السقوط فصارت
متلفة عليه ماله فتضمن وجه قول محمد انها وان تعمدت الفساد فهي
صاحبة شرط في ثبوت الفرقة لان علة الفرقة هي ارتضاع الصغيرة لما
بينا والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط على ان ارضاعها ان كان سبب الفرقة
فهو سبب محض لانه طرى عليه فعل اختياري وهو ارتضاع الصغيرة والسبب

اذا اعترض عليه فعل اختياري يكون سببا محضا والسبب المحض لا حكم له وان
كان صاحب السبب متعمدا في مباشرة السبب كفتح باب الاسطبل والقفص
حتى خرجت الدابة وضلت او طار الطير ولان الضمان لو وجب عليها اما
ان يجب باتلاف ملك النكاح او باتلاف الصداق او بتاكيد نصفه على الزوج وضاع م
ولا وجه للاول لان ملك النكاح غير مضمون بالاتلاف على اصلنا ولا وجه
للثاني لانها ما اتلفت الصداق بل اسقطت نصفه والنصف الباقي بقي
واجبا بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان التاكيد لا يماثل التفويت فلا
يكون اعتدا بالمثل ولابي حنيفة وابي يوسف ان الكبيرة وان كانت
محصلة شرط الفرقة وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره محمد رحمه الله
لكن الاصل ان الشرط مع العلة اذا اشتركا في الحظر والاباحة اي في سبب
المواخذة وعدمه فاضافة الحكم الى العلة اولى من الشرط فاما اذا كان الشرط من اضافته الى م
محظورا والعلة غير موصوفة بالحظر فاضافة الحكم الى الشرط اولى من
اضافته الى العلة كما في حفر البير على قارعة الطريق فالكبيرة اذا لم تكن
تعمدت الفساد فقد استوى الشرط والعلة في عدم الحظر وكانت
الفرقة مضافة الى العلة وهي ارتضاعها وان كانت تعمدت الفساد كان
كان الشرط محظورا وهو ارضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة بالحظر
وهو ارتضاع الصغيرة فكانت اضافة الحكم الى الشرط اولى واذا
اضيفت الفرقة الى الكبيرة عند تعمدها الفساد ووجب نصف المهر
للصغيرة على الزوج ابتداء ملازما للفرقة صارت الفرقة الحاصلة منها
كانها علة لوجوبه لانه بقي النصف بعد الفرقة واجبا بالنكاح السابق
لان ذلك قول بتخصيص العلة لانه قول ببقاء نصف المهر مع وجود
العلة المسقطة لكله وانه باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من
المال على الزوج اذ الاداء مبني على الوجوب فيثبت له حق الرجوع عليها
ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا بالاجماع ع
بخلاف ما اذا لم تتعمد الفساد لان عند عدم التعمد لا تكون الفرقة مضافة
الى فعل الكبيرة فلم توجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا يرجع عليها
واما مسئلة فتح باب الاسطبل والقفص فكما يلزمهما يلزم محمد لان عنده
يضمن الفاتح وان اعترض على الفتح فعل اختياري وقد خرج الجواب عن الباقي
فافهم ثم تعمد الفساد يثبت بثلاثة اشيا بعلمها بنكاح الصغيرة وعلمها

بفساد النكاح بارضاعها وعدم الضرورة وهي ضرورة خوف الهلاك على
الصغيرة لو لم ترضعها والقول قولها في انها لم تتعمد الفساد مع يمينها لان
الزوج يدعي الفساد يدعي عليها الضمان وهي تنكر فكان القول قولها وعلى
هذا حكم المهر والرجوع في المسايل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج
كبيرة وصغيرتين فارضعتهما الكبيرة فان ارضعتهما معًا حرمن عليه لانهما
جميعا صارتا بنتين للمرضعة فصار جامعا بينهن نكاحا فحرمن عليه ولا
يجوز له ان يتزوج الكبيرة ابدا لانها ام منكوحته فتحرم بنفس العقد على
البنت ولا يجوز له ان يجمع بين الصغيرتين نكاحا ابدا لانهما صارتا اختين
من الرضاع ويجوز ان يتزوج باحديهما ان كان لم يدخل بالكبيرة لانها ربيبته
من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الام كما في النسب وان كان قد دخل بها لا
يجوز كما في النسب وان ارضعتهما على التعاقب واحدة بعد اخرى فقد حرمت
الكبيرة مع الصغيرة الاولى لانها لما ارضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل
الجمع بين الام والبنت فبانتا واما الصغيرة الثانية فانها ارضعتها بعدما
بانت الكبيرة فلم يصر جامعًا لكنها ربيبته من الرضاع فان كان قد دخل بامها
تحرم عليه والا فلا ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين
لما ذكرنا ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة
بعد الاخرى حرمن جميعا لانها لما ارضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين
الام والبنت فحرمتا عليه فلما ارضعت الثانية فقد ارضعتها والكبيرة والصغيرة الاولى
مبانتان فلا تحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيرة
تحرم عليه للحال لانها ربيبته وقد دخل بامها وان كان لم يدخل بها لا تحرم
عليه للحال حتى ترضع الثالثة فاذا ارضعت الثالثة حرمتا عليه لانهما صارتا
اختين والحكم في تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج
الصغاير على نحو ما ذكرنا ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان
الى احدى الصغيرتين فارضعتاها احدهما بعد الاخرى ثم ارضعتا
الصغيرة الثانية واحدة بعد الاخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى
والصغيرة الثانية امرانه لانهما لما ارضعتا الصغيرة الاولى صارت كل واحدة
من الكبيرتين ام امراته فصارت الصغيرة بنت امراته فصار جامعا بينهن
فحرمن عليه فلما ارضعتا الثانية فقد ارضعتاها بعد ثبوت البينونة
فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها بنت منكوحة

كانت

كانت له فان كان لم يدخل بها لا تحرم عليه وان كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز
له نكاح الكبيرتين بعد ذلك بحال والامر في جواز نكاح الصغيرة الاولى على
التفصيل الذي مر ولو كانت احدى الكبيرتين ارضعت الصغيرتين
واحدة بعد الاخرى ثم ارضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين واحدة بعد
الاخرى ينظر ان كانت الكبيرة الاخيرة بدات باللتي بدات بها الكبيرة
الاولى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الاخرى امراته وان
كانت بدات باللتي لم تبدا بها الاولى حرمن جميعا وانما كان كذلك لان
الكبيرة الاولى لما ارضعت الصغيرة الاولى فقد صارت بنتها فحصل
الجمع بين الام والبنت فحرمتا جميعا فلما ارضعت الاخرى ارضعتها وهي اجنبية
فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيبته فان كان لم يدخل بامها لا تحرم
وان كان قد دخل بها تحرم وان كانت الكبيرة الاخيرة بدات باللتي لم تبدا
بها الكبيرة الاولى فقد صارت بنتا لها فصار جامعا بين الام والبنت فحرمتا
عليه كما حرمت الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كانت
تحته صغيرة وكبيرة فارضعت ام الكبيرة الصغيرة بانتا لانهما صارتا اختين
وكذلك لو ارضعت اخت الصغيرة الكبيرة لانها صارت بنت اخت امراته
والجمع بين المراة وبين بنت اختها لا يجوز في الرضاع كما لا يجوز في النسب
ولو ارضعتها عمة الكبيرة او خالتها لم تبن لانها صارت بنت عمتها او
بنت خالتها ويجوز للانسان ان يجمع بين امراة وبين بنت عمتها او بنت خالتها
كما في النسب كذا في الرضاع ولو طلق رجل امراته ثلاثا ثم ارضعت المطلقة
قبل انقضاء عدتها امراة له صغيرة بانت الصغيرة لانها صارت بنتا لها
فحصل الجمع في حال العدة والجمع في حال قيام العدة كالجمع في حال النكاح
ولو زوج ابنه وهو صغير امراة لها لبن فارتدت وبانت من الصبي ثم
اسلمت وتزوجها رجل فحبلت منه فارضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان
زوجها حرمت على زوجها الثاني كذا روى ابن الوليد رحمه الله عن محمد لان ذلك
الصبي صار ابنا لزوجها فصارت هي منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه
ولو زوج رجل ام ولده مملوكا له صغيرا فارضعته بلبن السيد حرمت على
زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار ابنا للمولى فصارت هي موطوة ابيه فتحرم عليه
ولا يجوز للمولى ايضا ان يطاها بملك اليمين لانها منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة
فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فارضعتها حرمت عليه لانها صارت ام منكوحة كا نت

له فتحرم بنكاح البنت والله الموفق فصل واما بيان ما يثبت به الرضاع
اي يظهر فالرضاع يظهر باحد امرين احدهما الاقرار والثاني البينة اما الاقرار
فهو ان يقول لامراة تزوجها هي اختي من الرضاع او امي من الرضاع او بنتي من
الرضاع ويثبت على ذلك ويصر عليه فيفرق بينهما لانه اقر ببطلان ما
يملك ابطاله للحال فيصدق فيه على نفسه واذا صدق لا يحل له وطيها
والاستمتاع بها فلا يكون في بقا النكاح فايدة فيفرق بينهما سوا صدقته
او كذبته لان الحرمة ثابتة في زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف
الصداق ان كذبته لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقها في
المهر وان صدقته فلا مهر لها لتصادقهما على انه لا حق لها في المهر
وان كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لانه غير مصدق
في حقها بابطال حقها فان اقر بذلك ثم قال اوهمت او اخطات او غلطت
او نسيت او كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا وقال مالك
والشافعي رحمه الله عليهما يفرق بينهما ولا يصدق على الخطا وغيره وجه
قولهما انه اقر بثبوت الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو اقر بالطلاق ثم رجع
بان قال لامراته كنت طلقتك ثلاثا ثم قال اوهمت والدليل عليه انه لو
قال لامته هذه اختي او امي او بنتي ثم قال اوهمت انه لا يصدق وتعتق
كذا هاهنا ولنا ان الاقرار اخبار فقوله هذه اختي اخبار منه انها لم تكن
زوجته قط لكونها محرمة عليه على التابيد فاذا قال اوهمت صار كانه
قال ما تزوجتها ثم قال تزوجتها وصدقته المراة ولو قال ذلك يقران على
النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق لان قوله كنت طلقتك ثلاثا اقرار منه
بانشا الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق انشا الطلاق الا بعد صحة النكاح
فاذا اقر به ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لامته هذه امي وابنتي
لان ذلك لا يقتضي نفي الملك في الاصل الا ترى انها لو كانت امه او ابنته حقيقة
جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فيتضمن هذا اللفظ منه
انشا العتق عليها فاذا قال اوهمت لا يصدق كما لو قال لها هذه حرة ثم قال
اوهمت وكذلك اذا اقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال هذه اختي من الرضاعة او
امي او بنتي واصر على ذلك ودام عليه لا يجوز له ان يتزوجها ولو تزوجها
يفرق بينهما ولو قال اوهمت او غلطت جاز له ان يتزوجها عندنا لما
قلنا ولو جحد الاقرار فشهد شاهدان على اقراره فرق بينهما وكذلك اذا اقر

بالنسب

بالنسب فقال هذه امي من النسب او ابنتي او اختي وليس لها نسب معروف وانها
تصلح ام اله او بنتا له فانه يسال مرة اخرى فان اصر على ذلك وثبت عليه فانه يفرق
بينهما لظهور النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال اوهمت او اخطات او غلطت يصدق
ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وان كان لها نسب معروف او لا تصلح اما او بنتا له لا
يفرق بينهما وان دام على ذلك لانه كاذب في اقراره بيقين والله اعلم واما البينة
فهي ان يشهد على الرضاع رجلان او رجل وامراتان ولا يقبل على الرضاع اقل من ذلك
ولا شهادة النسا بانفرادهن وهذا عندنا وقال الشافعي يقبل شهادة اربع نسوة
وجه قوله ان الشهادة على الرضاع شهادة على عورة اذ لا يمكن تحمل الشهادة الا بعد
النظر الى الثدي وانه عورة فتقبل فيه شهادة النسا على الانفراد كالولادة ولنا
ما روي عن محمد رحمه الله عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه انه قال
لا يقبل على الرضاع اقل من شاهدين وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر
النكير من احد فيكون اجماعا ولان هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه
شهادة النسا بانفرادهن كالمال وانما قلنا ذلك لان الرضاع مما يطلع عليه
الرجال اما ثدي الامة فلانه يجوز للاجانب النظر اليه واما ثدي الحرة فيجوز
لمحارمها النظر اليه فثبت ان هذه شهادة على ما يطلع عليه الرجال فلا تقبل
فيه شهادتهن على الانفراد لان قبول شهادتهن بانفرادهن في اصول الشرع
للضرورة وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به فاذا جاز الاطلاع
عليه في الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فانه لا يجوز لاحد من الرجال الاطلاع ع
عليها فدعت الضرورة الى القبول واذا شهدت امراة على الرضاع فالافضل
للزوج ان يفارقها لما روى محمد رحمه الله ان عقبة بن الحارث قال تزوجت بنت
ابي اهاب فجاءت امراة سودا فقالت اني ارضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال فارقها فقلت انها امراة سودا وانها كيت وكيت فقال
النبي صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفي بعض الروايات قال عقبة فذكرت
ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاعرض ثم ذكرته فاعرض حتى قال في الثالثة او الرابعة
فدعها اذا وقوله فارقها او دعها اذا ندب الى الافضل والاولى الا ترى انه
لم يفرق بينهما بل اعرض ولو كان التفريق واجبا لفرق ولما اعرض دل قوله
فارقها على بقا النكاح وروي ان رجلا تزوج امراة فجاءت امراة فزعمت انها
ارضعتهما فسال الرجل عليا رضي الله عنه فقال هي امراتك ليس احد يحرمها عليك فان
تنزهت فهو افضل وسيل ابن عباس فقال مثل ذلك ولانه يحتمل ان تكون صادقة

في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة واذا فارقها فالافضل له ان يعطيها نصف المهر ان كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها في الشهادة والافضل لها الا تاخذ شيا منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة وان كان بعد الدخول بها فالافضل للزوج ان يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح والافضل لها ان تاخذ الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تاخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وان لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها لان النكاح قايم في الحكم وكذلك اذا شهدت امراتان او رجل وامراة او رجلان غير عدلين او رجل وامراتان وهم غير عدول لما قلنا واذا شهد رجلان عدلان او رجل وامراتان وفرق بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شي لها لانه تبين ان النكاح كان فاسدا وان كان بعد ~~الدخول~~ الدخول بها يجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى كما في ساير الانكحة الفاسدة والله الموفق

كتاب النفقات

النفقات انواع اربعة نفقة الزوجات ونفقة الاقارب ونفقة الرقيق ونفقة البهايم والجمادات اما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان سبب الوجوب وفي بيان شرايط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان كيفية ~~سبب~~ الوجوب وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا في الذمة اما وجوبها فقد دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم اي على قدر ما يجد احدكم من السعة والمقدرة والامر بالاسكان امر بالانفاق لانها لا تصل الى النفقة الا بالخروج للاكتساب وفي حرف عبد الله بن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وهو نص وقوله ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن اي لا تضاروهن في الانفاق عليهن فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن او لا تضاروهن في السكنى فتدخلوا عليهن من غير استيذان فيضيق عليهن السكنى فيخرجن وقوله وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله وقوله ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف قيل هو المهر والنفقة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله في النسا فانهن عندكم عوان لا يملكن لانفسهن شيا اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن حق ان لا يوطين فرشكم احدا ولا يوذن

في بيوتكم لمن تكرهونه فان خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ثم قال ثلاثا الا هل بلغت ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لما اجمل من الحق في قوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وكان الحديث مبينا لما في الكتاب اصلا وروي ان رجلا جا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما حق المراة على الزوج قال عليه السلام ان يطعمها اذا طعم وان يكسوها اذا اكتسى والا يهجرها الا في البيت ولا يضربها ولا يقبح وقال صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل ان ياذن لها في الاخذ بغير اذنه واما الاجماع فلان الامة اجمعت على هذا واما المعقول فهو ان المراة محبوسة بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة عن الاكتساب لحقه فكان نفع حبسها عايدا اليه فكانت كفايتها عليه لقوله عليه السلام الخراج بالضمان ولانها اذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب لحقه فلو لم تكن كفايتها عليه لهلكت ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لانه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب لجهتهم فجعلت نفقته في مالهم وهو مال بيت مالهم كذا هذا فصل واما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلما فيه قال اصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها وقال الشافعي رحمه الله السبب هي الزوجية وهي كونها زوجة له وربما قالوا ملك النكاح وربما قالوا القوامية واحتج بقوله تعالى الرجال قوامون على النسا بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم اوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح ولان الانفاق على المملوك من باب اصلاح الملك واستبقايه فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك ولنا ان حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح موثر في استحقاق النفقة لها عليه لما بينا فاما الملك فلا اثر له لانه قد قوبل بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل بعوض اخر اذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين واما الاية فلا حجة له فيها اذ فيها اثبات القوامية بسبب النفقة لا ايجاب النفقة بسبب القوامية وعلى هذا الاصل يبني انه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح لان حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وكذا في عدة منه وان ثبت حق الحبس لانه لم يثبت بسبب النكاح

لانعدام حقيقته وانما يثبت لتحصين الما ولان حال العدة لا يكون اقوي من حال
النكاح فلما لم تجب في النكاح فلان لا تجب في العدة اولي وتجب في العدة من
نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب
النكاح اذ النكاح قايم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة
بل اولي لان حق الحبس بعد الفرقة تاكد بحق الشرع وتاكد السبب يوجب
تاكد الحكم فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها اولي سوا كانت العدة عن فرقة
بطلاق او عن فرقة بغير طلاق من قبل الزوج او من قبل المراة الا اذا كانت من
قبلها بسبب محظور استحسانا وشرح هذه الجملة ان الفرقة اذا كانت
من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة والسكني سوا كان الطلاق رجعيا او باينا — بلغ
وسوا كانت حايلا بعد ان كانت مدخولا بها عندنا لقيام حق حبس النكاح — او حاملا م
وعند الشافعي ان كانت مطلقة طلاقا رجعيا او باينا وهي حامل فكذلك
اما المبتوته اذا كانت حايلا فلها السكني ولا نفقة لها لزوال النكاح بالابانة
وكان ينبغي ان لا يكون لها السكني ولا نفقة لها لزوال النكاح بالابانة الا انه ترك
القياس في السكني بالنص وعند ابن ابي ليلي لا نفقة للمبتوته ولا سكني لها
والمسلة ذكرت في كتاب الطلاق في بيان احكام العدة وسوا كان الطلاق
ببدل او بغير بدل وهو الخلع والطلاق علي مال لما قلنا ولو خالعها علي
ان يبرا من النفقة والسكني يبرا من النفقة ولا يبرا من السكني لكنه يبرا عن
مونة السكني لان النفقة حقها علي الخلوص وكذا مونة السكني فتملك الابرا
عن حقها فاما السكني ففيها حق الله تعالي فلا يملك العبد اسقاطه ولو ابرانه
عن النفقة من غير خلع لم يصح الابرا لان الابرا اسقاط الواجب فيستدعي تقدم
الوجوب والنفقة تجب شيا فشيا علي حسب مرور الزمان فكان الابرا اسقاطا
قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما اذا خالعته من نفسها علي نفقتها لما ذكرنا
في كتاب الخلع ولانها جعلت الابرا عن النفقة عوضا عن نفسها في العقد ولا
يصح ذلك الا بعد سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضي الخلع لاصطلاحها
كما لو اصطلحا علي النفقة انها تجب وتصير دينا في الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة
بغير طلاق اذا كانت من قبله فلها النفقة والسكني سوا كانت بسبب
مباح كخيار البلوغ او بسبب محظور كالردة ووطي امها وابنتها وتقبيلها
بشهوة بعد ان يكون بعد الدخول لقيام السبب وهو حق الحبس للزوج عليها
بسبب النكاح واذا كانت من قبل المراة فان كانت بسبب مباح كخيار الادراك

وخيار العتق وعدم الكفاة فكذلك لها النفقة والسكني وان كانت بسبب
محظور بان ارتدت او طاوعت ابن زوجها او اباه او لمسته بشهوة فلا نفقة
لها استحسانا ولها السكني وان كانت مستكرهة والقياس ان يكون لها النفقة — فلها النفقة والسكني م
والسكني في ذلك كله وجه القياس ان حق الحبس قايم فتستحق النفقة كما اذا
كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح وللاستحسان وجهان احدهما ان حبس — او من قبل الزوج بسبب مباح او محظور م
النكاح قد بطل بردتها الا تري انها تحبس بعد الردة جبرا لها علي الاسلام
الحبس لتتوب ففات حبس النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما اذا كانت
الفرقة بسبب مباح لان هناك حبس النكاح قايم فبقيت النفقة وكذا اذا
كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية لانها لا تحبس بردة الزوج فيبقي
حبس النكاح فتبقي العدة لكن هذا يشكل بما اذا طاوعت ابن زوجها او
قبلته بشهوة فانها لا تستحق النفقة وان بقي حبس النكاح ما دامت العدة قا — به
ولا اشكال في الحقيقة لان هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرايط
الاستحقاق وهو ان لا تكون الفرقة من قبلها حاصلة بفعل هو محظور مع
قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله والثاني ان
حبس النكاح انما اوجب النفقة عليه صلة لها فاذا وقعت الفرقة بفعلها
الذي هو معصية لم تبق مستحقة للصلة اذ الجاني لا يستحق الصلة بل
يستحق الزجر وذلك في الحرمان لا في الاستحقاق كمن قتل مورثه بغير حق
انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما اذا كانت مستكرهة في
الوطي لان فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا اذا كانت الفرقة — ليس م
بسبب مباح وبخلاف الزوج لان النفقة حقها قبل الزوج فلا يوثر
فعله الذي هو معصية في اسقاط حق الغير فهو الفرق بين الفصلين — فيه
وانما لم تحرم السكني بفعلها الذي هو معصية لما قلنا ان السكني حق الله
تعالي فلا تحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت في النكاح حتي حرمت
النفقة ثم اسلمت وهي في العدة تعود النفقة ووجه الفرق ان النفقة — في العدة لا تستحق النفقة ولو ارتدت في العدة ثم اسلمت م
في الفصل الثاني بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لبقا سبب الوجوب
وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم امتنع وجوبها من بعد لعارض الردة
فاذا عادت الي الاسلام فقد زال العارض فتعود النفقة واما في الفصل
الاول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب
وجوبها بالردة وهو حبس النكاح لان الردة اوجبت بطلان ذلك الحبس

فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بدونه والاصل في هذا
ان كل امراة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت في العدة بعارض منها ثم زال
العارض في العدة تعود نفقتها وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة
اليها في العدة وان زال سبب الفرقة بخلاف ما اذا نشزت ثم عادت
انها تستحق النفقة لان النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح
وانما فوت التسليم المستحق بالعقد واذا عادت فقد سلمت نفسها
فاستحقت النفقة ولو طاوعت ابن زوجها او اباه في العدة او لمسته
بشهوة فان كانت معتدة عن طلاق رجعي فلا نفقة لها لان الفرقة ما
وقعت بالطلاق وانما وقعت بسبب وجد منها وان كان الطلاق باينا
او كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما
اذا ارتدت في العدة انه لا نفقة لها الى ان تعود الى الاسلام وهي في العدة
ولو ارتدت في العدة ولحقت بدار الحرب ثم عادت واسلمت او سبيت
واعتقت او لم تعتق فلا نفقة لها لان العدة قد بطلت باللحاق بدار
الحرب لان الردة مع اللحاق بمنزلة الموت ولو طلق امراته وهي امة طلاقا
باينا وقد كان المولى بوّاها مع زوجها بيتا حتى وجبت النفقة ثم اخرجها
المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم اراد ان يعيدها الى الزوج وياخذ
النفقة كان له ذلك وان لم يكن بواها المولى بيتا حتى طلقها الزوج ثم اراد
ان يبوّاها مع الزوج في العدة لتجب النفقة فانها لا تجب ووجه الفرق ان
النفقة كانت واجبة في الفصل الاول لوجود سبب الوجوب وهو
الاحتباس وشرطه وهو التسليم الا انه لما اخرجها الى خدمته فقد
فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقا له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقا
له فاذا اعادها الى الزوج عاد حقه فيعود حق المولى في النفقة فاما في
الفصل الثاني فالنفقة ما كانت واجبة في العدة لانعدام سبب الوجوب
او شرط الوجوب وهو التسليم فهو بالتبوية يريد الزام الزوج النفقة
ابتدا في العدة ولا يملك ذلك والاصل في هذا ان كل امراة كانت لها النفقة
يوم الطلاق فليس لها نفقة الا الناشز وتفسير ذلك والوجه فيه
ما ذكرنا ويستوي في نفقة المعتدة عدة الاقرا وعدة الاشهر وعدة الحمل
لاستوا الكل في سبب الاستحقاق فينفق عليها ما دامت في العدة وان تطاولت المدة
لعذر الحبل او لعذر اخر ويكون القول في ذلك قولها لان ذلك امر يعرف من

قبلها

لان حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطاوعة واللمس صح

م طلقها الزوج م

قبلها حتى لو ادعت انها حامل انفق عليها الى سنتين منذ طلقها لان الولد يبقى في
البطن الى سنتين فان مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت اتوهم اني حامل
ولم احض الى هذا العام وطلبت النفقة بعذر امتداد الطهر وقال الزوج
انك ادعيت الحمل فانما تجب على النفقة لعلة الحمل واكثر مدة الحمل سنتان
وقد مضى ذلك فلا نفقة لك علي فان القاضي لا يلتفت الى قوله ويلزمه النفقة
الى ان تنقضي عدتها بالاقرا او تدخل في حد الاياس لان احد العذرين ان
بطل وهو عذر الحبل فقد بقي الاخر وهو عذر امتداد الطهر اذا المعتد
طهرها من ذوات الاقرا وهي مصدقة في ذلك فان لم تحض حتى دخلت في حد
الاياس انفق عليها ثلاثة اشهر فان حاضت في الاشهر الثلاثة واستقبلت
العدة بالحيض فلها النفقة لانها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة يجامع
مثلها وطلقها بعد ما دخل بها انفق عليها ثلاثة اشهر فان حاضت فيها
واستقبلت عدة الاقرا انفق عليها حتى تنقضي عدتها لما قلنا وان طالبته
امراته بالنفقة وقدمته الى القاضي فقال الرجل للقاضي قد كنت طلقتها منذ
سنة وقد انقضت عدتها في هذه المدة وجحدت المراة الطلاق فان
القاضي لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة والقاضي لا يعرفها امراة
القاضي بالنفقة عليها وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ سنة
لم تظهر بعد فان عدلت البينة واقرت هي انها حاضت ثلاث حيض
في هذه السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت اخذت منه شيا ترد
عليه لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضا العدة فان قالت لم
احض في هذه السنة فالقول قولها ولها النفقة لان القول في انقضا العدة
قولها فان قال الزوج قد اخبرتني ان عدتها قد انقضت لم يقبل قوله
في ابطال نفقتها لانه غير مصدق عليها في ابطال حقها ولو طلق امراته
ثلاثا او باينا فامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد
كان اعطاها النفقة الى وقت الولادة فانه يحكم بانقضا عدتها قبل الولادة
لستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد ويسترد النفقة ستة اشهر
قبل الولادة وعند ابي يوسف لا يسترد شيا من النفقة وكذلك اذا طلق
امراته في حالة المرض فامتد مرضه الى سنتين وامتدت عدتها الى سنتين
ثم ولدت المراة بعد الموت لستة اشهر وقد كان اعطاها النفقة الى وقت الوفاة
فانها لا ترث ويسترد منها نفقة ستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وعند

امتداد الطهر

ابي يوسف تورث ولا يسترد شيا من النفقة وقد مرت المسلتان في كتاب
الطلاق ولا نفقة في الفرقة قبل الدخول باي سبب كان لارتفاع النكاح من
كل وجه فينعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وام الولد اذا اعتقها
مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها وان كانت محبوسة ممنوعة من
الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وانما ثبت لتحصين الماء
فاشبهت المعتدة من نكاح فاسد ولان نفقتها قبل العتق انما وجبت بملك
اليمين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق ونفقة الزوجة انما وجبت
بالاحتباس وانه قايم فصل واما شرط وجوب هذه النفقة فلوجوبها
شرطان احدهما يعم النوعين جميعا اعني نفقة النكاح ونفقة العدة والثاني
يخص احدهما وهو نفقة العدة اما الاول فتسليم المراة نفسها الى الزوج وقت
وجوب التسليم ونعني بالتسليم التخلية وهي ان تخلي بين نفسها وبين زوجها
برفع المانع من وطيها او الاستمتاع بها اذا كان المانع من قبلها او من قبل غير الزوج
فان لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها وعلى
هذا تخرج مسايل اذا تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها الى بيته
فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وكذا اذا لم ينقلها وهي بحيث
لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها هو بالنقلة فلها النفقة لانه وجد
سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس وشرطه وهو التسليم على التفسير
الذي ذكرنا فالزوج بترك النقلة ترك حق نفسه مع امكان الاستيفا فلا يبطل
حقها في النفقة فان طالبها بالنقلة فامتنعت فان كان امتناعها بحق بان
امتنعت لاستيفا مهرها العاجل فلها النفقة لانه لا يجب عليها التسليم قبل
استيفا العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع عن التسليم وقت
وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو طالبها بالنقلة بعد ما اوفاها المهر الى
دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لان امتناعها بحق فلم يجب عليها التسليم
فلم تمتنع عن التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة في بيت لها منزل
فمنعته من الدخول عليها لا على سبيل النشوز بل قالت له حولني الى منزلك او
اكتر لي منزلا انزله فاني احتاج الى منزلي هذا اخذ كراه فلها النفقة لان امتناعها
من التسليم في بيتها لغرض التحويل الى منزله او الى منزل الكرا امتناع بحق فلم
يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وان كان بغير حق
بان كان الزوج قد اوفاها مهرها او كان مؤجلا فلا نفقة لها لانعدام التسليم

حال

حال وجوب التسليم فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة
للناشزة وهذه ناشزة ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها برضاها
لاستيفا مهرها فلها النفقة عند ابي حنيفة لانه منع بحق عنده وعندهما لا
نفقة لها لكونه منعا بغير حق عندهما ولو منعت نفسها بعد ما دخل
بها على كره منها فلها النفقة لانها في المنع محقة وان كانت صغيرة يجامع مثلها
فهي كالبالغة في النفقة لان المعنى الموجب للنفقة يجمعهما وان كانت لا يجامع
مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعي لها النفقة بنا على ان سبب الوجوب
عنده النكاح وشرطه عدم النشوز وقد وجدا وشرط الوجوب عندنا
تسليم النفس ولا يتحقق التسليم من الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا منها ولا من
غيرها لقيام المانع في نفسها من الوطي والاستمتاع لعدم قبول المحل لذلك
فانعدم شرط الوجوب فلا تجب وقال ابو يوسف اذا كانت الصغيرة تخدم
الزوج وينتفع الزوج بها في الخدمة فسلمت نفسها اليه فان شا امسكها
وان شا ردها وان امسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لانها اذا لم
تحتمل الوطي لم يوجد التسليم الذي اوجبه العقد فكان له ان يمتنع من
القبول فان امسكها فلها النفقة لانه حصل له منها نوع منفعة وضرب
من الاستمتاع وقد رضي بالتسليم القاصر وان ردها فلا نفقة لها حتى
تجي حال يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذي اوجبه العقد
وعدم رضاه بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمراة كبيرة فلها
النفقة لوجود التسليم منها على التسليم الذي ذكرنا وانما عجز الزوج عن التفسير
القبض وانه ليس بشرط لوجوب النفقة وكذلك اذا كان الزوج عنينا
او مجبوبا او محبوسا في دين او مريضا لا يقدر على الجماع او خارجا للحج فلها
النفقة لما قلنا ولو كانت المراة مريضة قبل النقلة مرضا يمنع من الجماع
فنقلت وهي مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها ايضا اذا طلبت النفقة
فلم ينقلها الزوج وهي لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج وان كانت تمتنع
فلا نفقة لها كالصحيحة كذا ذكر في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه لا نفقة لها قبل النقلة فاذا نقلت وهي مريضة له ان يردها ووجه
رواية ابي يوسف انه لم يوجد التسليم اذ هو تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك
مع المانع وهو نبوة المحل فلا تستحق النفقة كالصغيرة التي لا تحتمل
الوطي واذا سلمت وهي مريضة له ان يردها لان التسليم الذي اوجبه العقد وهو

التسليم الممكن من الوطئ لما لم يوجد كان له ان لا يقبل التسليم الذي لم يوجبه العقد
وهكذا قال ابو يوسف في الصغيرة التي لا تجامع مثلها ان له ان يردها لما قلنا
وجه ظاهر الرواية ان التسليم في حق التمكين من الوطئ ان لم يوجد فقد
وجد في حق التمكين من الاستمتاع وهذا يكفي لوجوب النفقة كما في الحايض
والنفسا والصايمة صوم رمضان واذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم
راسا فلا تستحق النفقة وقال ابو يوسف اذا كانت المريضة تونسه وينتفع
بها في غير الجماع فان شا ردها وان شا امسكها فان امسكها فلها النفقة
وان ردها فلا نفقة لها لما ذكرنا في الصغيرة وان نقلت وهي صحيحة ثم
مرضت في بيت الزوج مرضا لا يستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا
خلاف لان التسليم المطلق وهو التسليم الممكن من الوطي والاستمتاع
قد حصل بالانتقال لانها كانت صحيحة لدى الانتقال ثم قصر التسليم
لعارض يحتمل الزوال فاشبه الحيض او نقول التسليم المستحق بالعقد
في حق المريضة التي لا تحتمل الجماع قبل الانتقال وبعده وهو التسليم
في حق الاستمتاع لا في حق الوطي كما في حق الحايض وكذا اذا نقلها ثم ذهب
عقلها فصارت معتوهة مغلوبة او كبرت وطعنت في السن حتى لا يستطيع
زوجها جماعها او اصابها بلا فلها النفقة ولو حبست في دين ذكر في
الجامع الكبير انه لا نفقة لها ولم يفصل بينما اذا كان الحبس قبل الانتقال او
بعده وبينما اذا كانت قادرة على التخلية او لا لان حبس النكاح قد بطل
باعتراض حبس الدين لان صاحب الدين احق بحبسها بالدين وفات التسليم
ايضا بمعنى من قبلها وهو مطلها فصارت كالناشزة وذكر الكرخي انها اذا
كانت محبوسة في دين قبل النقلة فان كانت تقدر على ان تخلي بينه وبينها
فلها النفقة وان كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا
تفسير ما اجمله محمد رحمه الله في الجامع لانها اذا كانت تقدر على ان
توصله اليها فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير
التسليم فان لم يطالبها فالتقصير جا من قبله فلا يسقط حقها واذا كانت
لا تقدر على التخلية فالتسليم فات لمعنى من قبلها وهو مطلها فلا
تستوجب النفقة ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما ذكرنا في
المريضة وذكر القدوري ان ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على ما اذا
كانت محبوسة لا تقدر على قضا به فاما اذا كانت قادرة على القضا صارت

م لما قلنا م

بدين ص
ط فلم تقض فلا نفقه لها وهذا صحيح لانها اذا لم تقض مع القدره على القضاء ص

كانها

كانها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو فرض لها القاضي النفقة ثم
اخذها رجل كارهة فهرب بها اشهرا او غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في
المدة التي منعها لفوات التسليم لا بمعنى من جهة الزوج وروي عن ابي يوسف
ان لها النفقة لان الفوات ما جا من قبلها والقرنا والرتقا لهما النفقة بعد
النقلة وقبلها اذا طلبتا ولم يظهر منهما الامتناع في ظاهر الرواية وروى
عن ابي يوسف ان لهما النفقة بعد الانتقال اما قبل الانتقال فلا نفقة لهما
وجه رواية ابي يوسف ان التسليم الذي اوجبه العقد لم يوجد في حقهما
قبل الانتقال وبعده الا انه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضي بالتسليم
القاصر كما قال في المريضة الا انه قال هاهنا لا يجوز له ان يردهما وقال
في الصغيرة التي ينتفع بها في الخدمة والمريضة التي يستانس بها له ان
يردهما وجه ظاهر الرواية ان العقد انعقد في حقهما موجبا تسليم
مثلهما وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطي وهذا النوع من التسليم
يكفي لاستحقاق النفقة كتسليم الحايض والنفسا والمحرمة والصايمة
معما ان التسليم المطلق يتصور فيهما بواسطة ازالة المانع من الرتق
والقرن ايلاج فيمكن الانتفاع بهما وطيا ولو حجت المراة حجة
فريضة فان كان ذلك قبل النقلة فان حجت بلا محرم ولا زوج فهي ناشزة
وان حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها في قولهم جميعا لانها امتنعت
من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وان كانت انتقلت
الى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج فقد قال ابو يوسف
لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول محمد ان التسليم قد فات
بامر من جهتها وهو خروجها فلا تستحق النفقة كالناشزة ولابي يوسف ان
التسليم المطلق قد حصل بالانتقال الى منزل الزوج ثم فات بعارض اداء
فرض وهذا لا يبطل النفقة كما اذا انتقلت الى منزل زوجها ثم لزمها
صوم رمضان او نقول حصل التسليم المطلق ثم فات لعذر فلا تسقط
النفقة كالمريضة ثم اذا وجبت لها النفقة على اصل ابي يوسف يفرض
لها القاضي نفقة الاقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الحضر
فاما زيادة المونة التي تحتاج اليها المراة في السفر من الكرا ونحو ذلك فهي
عليها لا عليه لانها لادا الفرض والفرض عليها فكانت تلك المونة عليها كما

قبلها ع

م بالانتقال صح

لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج فان جاورت مكة واقامت بها
بعد اداء الحج اقامة لا تحتاج اليها سقطت نفقتها لانها غير معذورة في ذلك
فصارت كالناشزة فان طلبت نفقة ثلاثة اشهر قدر الذهاب والمجي لم
يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فاذا عادت اخذت
ما بقي لان الواجب عليه لها نفقة الاقامة لا نفقة السفر ونفقة الاقامة
تفرض لها شهرا فشهرا وهذه الجملة لا تتفرع على اصل محمد رحمه الله هذا
اذا لم يخرج الزوج معها للحج فاما اذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجود
التسليم المطلق لامكان الانتفاع بها وطيا واستمتاعا في الطريق فصارت كالمقيمة
في منزله ولو الا منها او ظاهر منها فلها النفقة لان حق الحبس قايم والتسليم
موجود لتمكنه من وطيها والاستمتاع بها بغير واسطة في الايلا
وبواسطة تقديم الكفارة في الظهار فوجد سبب وجوب النفقة وشرط
وجوبها فتجب ولو تزوج اخت امراته او عمتها او خالتها ولم يعلم بذلك
حتى دخل بها وفرق بينهما ووجب عليه ان يعتزل عنها مدة عدة اختها
فلامراته النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو التسليم الا انه
امتنع الانتفاع بها لعارض بزول فاشبه الحيض والنفاس وصوم رمضان
ولا نفقة لاختها وان وجبت عليها العدة لانها معتدة من نكاح فاسد
وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا تزوج حر او عبد امة قنة او مدبرة او ام ولد
ان بواها المولى وجبت النفقة والا فلا لان سبب الوجوب وشرطه وهو
التسليم لا يتحقق بدون التبوية لان التبوية هي ان يخلي بينها وبين زوجها
في منزل زوجها لا يستخدمها فاذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن
محبوسة عند الزوج ولا مسلمة اليه فلا يجبر المولى على التبوية لان خدمتها
حق المولى ولا يجبر الانسان على ايفا حق نفسه لغيره فان بواها المولى ثم بدا
له ان يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا ان خدمتها حق المولى لان منافع ساير
الاعضا تبقى على ملكه وانما اعارها الزوج بالتبوية وللمعير ان يسترد عاريته
ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم فيها من جهة المولى ولو
بواها بيت الزوج وكانت تجي في اوقات الى مولاها فتخدمه من غير ان يستخدمها
فلها النفقة لان الاسترداد انما يحصل بالاستخدام ولم يوجد ولان هذا
القدر من الخدمة لا يقدح في التسليم كالحرة اذا خرجت الى منزل ابيها وان كانت

وهو حق الحبس صح

[illegible]

مكاتبة تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا تشترط التبوية
لان خدمتها ليست حق المولى اذ لا حق للمولى في منافعها الا ترى انه ليس للمولى
ان يستخدمها فكانت في منافعها كالحرة فيجبر المولى على التسليم وتجب
على الزوج النفقة والعبد اذا تزوج باذن المولى حرة او امة فهو في وجوب
النفقة كالحر لاستوايهما في سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه ولهذا
استويا في وجوب المهر الا ان الفرق بينهما ان النفقة اذا صارت مفروضة
على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها الا ان يفديه المولى فيسقط
حق الغريم كساير الديون ويبدا بها قبل الغلة لمولاه فان كان المولى ضرب
عليه ضريبة فان نفقة امراته تتقدم على ضريبة مولاه لانها بالفرض صارت
دينا في رقبته حتى يباع بها فاشبه ساير الديون بخلاف الغلة
فانه لا يجب للمولى على عبده دين في الحقيقة فان مات العبد قبل البيع
بطلت النفقة ولا يوخذ المولى بشي لفوات محل التعلق فبطل التعلق كالعبد
الرهن اذا هلك يبطل الدين الذي تعلق به وكذلك ان قتل العبد في ظاهر
الرواية وذكر الكرخي انه اذا قتل كانت النفقة في قيمته وجه ما ذكره
الكرخي ان القيمة قامت مقام العبد لانها بدله فتقوم مقامه كانه هو كما في
ساير الديون وجه ظاهر الرواية ان القيمة انما تقام مقام الرقبة في الديون
المطلقة لا فيما لا يجري مجرى الصلات والنفقة تجري مجرى الصلة على اصل
اصحابنا لما نذكر فتسقط بالموت قبل القبض كساير الصلات ولهذا لو كان
الزوج حرا فقتل خطا سقطت عنه عندنا ولا تقام الدية مقامه فكذا اذا
كان عبدا وكذلك المدبر وام الولد لما قلنا غير ان هولا لا يباعون لان ديونهم
تتعلق باكسابهم لا برقابهم لتعذر استيفايه من رقابهم لان الاستيفا بالبيع
ورقابهم لا تحتمل البيع واما المكاتب فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه
لكن لتصور الاستيفا من رقبته لاحتمال العجز لانه اذا عجز يعود قنا فيسعى
فيها ما دام مكاتبا فاذا قضي بعجزه عاد قنا يباع فيها الا ان يفديه المولى
كما قبل الكتابة واما المعتق بعضه فهو عند ابي حنيفة بمنزلة المكاتب
الا انه لا يتصور فيه العجز والبيع في الدين فيسعى في نفقتها وعندهما هو
حر عليه دين ولا يجب على العبد نفقة ولده سوا كان من امراة حرة او امة
لانه ان كان من حرة يكون حرا فلا تجب على العبد نفقة الحر وتكون نفقته على
الام ان كانت غنية وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد القرابة وان كان

او هو التسليم صح

مزه

من امة فيكون عبدا لمولاها فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر اذا تزوج امة وولدت
له اولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة لانهم مماليكه والعبد والحر في ذلك
سوا وكذلك المدبرة وام الولد في هذا كالامة القنة لما قلنا وان كان مولى
الامة في هذه المسايل فقيرا والزوج اب الولد غنيا لا يومر الاب بالنفقة
على ولده بل انما يبيعه مولاه او ينفق عليه ان كان من امة قنة وان كان
من مدبرة او ام ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى لتعذر الجبر على البيع اذا ايسر
هاهنا لتعذر قبول المحل فاما اذا كانت مكاتبة فنفقة اولادها لا تجب على العدم
زوجها وانما تجب على الام المكاتبة سوا كان الاب حرا او عبدا لان ولد المكاتبة
ملك المولى رقبة وهو حق المكاتبة كسبا الا ترى انها تستعين باكسابه
في رقبتها وعتقها فاذا كانت اكسابه حقا لها كانت نفقته عليها لان نفقة
الانسان تتبع كسبه قال النبي صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل المرء من
كسبه ولو زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت تجب لها
على ابيها دين فيجوز ان تجب على عبد ابيها وان زوج امته من عبده فنفقتهما
جميعا على مولاهما لانهما جميعا ملك المولى والله الموفق والكتابية
النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوايهما في سبب الاستحقاق
وشرطه والذمي في وجوب النفقة عليه لزوجته التي ليست عليه من محرمة
محارمه لاستوايهما في سبب الوجوب وشرطه ولان ما ذكرنا من الدلايل كالمسلم
للوجوب لا يوجب الفصل بين الذمي والمسلم في النفقة ولقول النبي صلى الله عليه
وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين وعلى المسلم نفقة زوجته كذا على الذمي واما اذا كانت من
محارمه فقد قال ابو حنيفة انها اذا طلبت النفقة فان القاضي يقضي
بالنفقة لها وعند ابي يوسف ومحمد وزفر والشافعي لا يقضي بنا على
ان هذا النكاح فاسد عندهم واما عند ابي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا
انه صحيح عنده حتى قال انهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا
او يسلم احدهما وذكر الكرخي انه فاسد بالاجماع وانما اوجب ابو حنيفة النكاح
النفقة مع فساد النكاح لانهما يقران عليه مع فساده عنده فان ابا حنيفة
قال اني افرض عليه النفقة لكل امراة اقره على نكاحها جايزا كان النكاح عنده
او باطلا ووجهه انه لما اقره على نكاحها فقد الحق هذا النكاح بالنكاح
الصحيح في حق وجوب النفقة وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح في بعض الاحكام من

النسب

النسب والعتق وغير ذلك ويستوي في استحقاق هذه النفقة المعسرة
والموسرة فتستحق المراة على زوجها النفقة وان كانت موسرة لاستوايهما
في سبب الاستحقاق وشرطه ولان هذه النفقة لها شبه بالاعواض فيستوي
فيها الغني والفقير كنفقة القاضي والمضارب بخلاف نفقة المحارم فانها
لا تجب للغني لانها تجب صلة محضة لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة
ولا نفقة للناشزة وتجب هذه النفقة من غير قضا القاضي لكنها لا تصير
دينا في الذمة الا بقضا او رضى على ما نذكر بخلاف نفقة ذوي الارحام فانها
لا تجب من غير قضا القاضي ونفقة الوالدين والمولودين تجب من غير
قضا القاضي والفرق بين هذه الجملة نذكر في نفقة الاقارب ان شا ولا نفقة للناشزة
الله تعالى لفوات التسليم لمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز ان تمنع
نفسها من الزوج بغير حق خارجا من منزله بان خرجت بغير اذنه وغابت
او سافرت فاما اذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية فلها النفقة
لانها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرا وغالبا وكان معنى التسليم حاصلا
والنشوز في العدة ان تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها او تخرج لمعنى
من قبلها وقد روي ان فاطمة بنت قيس كانت تبذا على احمايها فنقلها
النبي صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن ام مكتوم ولم يجعل لها لا نفقة ولا سكنى
لان الاخراج اذا كان لمعنى من قبلها صار كانها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها خرجت
واما الثاني وهو الذي يخص نفقة العدة فهو ان لا يكون وجوب العدة الشرط
بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور استحسانا والقياس انه ليس بشرط
وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وكل امراة لها النفقة فلها
النفقة الكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
وغير ذلك من النصوص التي ذكرنا فيما تقدم ولان سبب وجوبهما لا يختلف
وكذا شرط الوجوب على الموسر والمعسر لان دلايل الوجوب لا تفصل والله
اعلم وكل امراة لها النفقة فلها السكنى لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم وقرا ابن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا
عليهن من وجدكم ولانهما استويا في سبب الوجوب وشرطه وهو ما ذكرنا
فيستويان في الوجوب ويستوي في وجوبها اصل الوجوب المعسر والموسر
لان دلايل الوجوب لا توجب الفصل وانما يختلفان في مقدار الواجب منهما
وسنبينه في موضعه ان شا الله تعالى ولو اراد الزوج ان يسكنها مع ضرتها

السكنى

اومع احمائها كام الزوج واخته وبنته وغيرها من اقاربه فابت ذلك عليه ان
يسكنها في منزل مفرد لانهن ربما يوذينها ويضررن بها في المساكنة
وابا وها دليل الاذى والضرر ولانه يحتاج الى ان يجامعها ويعاشرها في
اي وقت يتفق ولا يمكنه ذلك اذا كان معهما ثالث حتى لو كان في الدار بيوت
ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا انه ليس لها ان تطالبه ببيت
اخر ولو كانت في منزل الزوج وليس معها احد فشكت الى القاضي ان الزوج
يوذيها ويضربها سال القاضي جيرانها فان اخبروه بما قالت وهم قوم
صالحون فالقاضي يوذبه ويامره بان يحسن اليها ويامر جيرانه ان يتفحصوا
عنها وان لم يكن الجيران قوما صالحين امره القاضي ان يحولها الى جيران
صالحين وان اخبروا القاضي بخلاف ما قالت اقرها هناك ولم يحولها
وللزوج ان يمنع اباها وامها وولدها من غيره ومحارمها الدخول عليها لان
المنزل منزله فكان له ان يمنع من يشا وليس له ان يمنعهم من النظر اليها وكلامها
خارج المنزل لان ذلك ليس بحق الا ان يكون في ذلك فتنة بان يخاف عليها
الفساد فله ان يمنعهم من ذلك ايضا والله الموفق للصواب فصل صح
واما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين احدهما
في بيان ما تقدر به هذه النفقة والثاني من تقدر به اما الاول فقد اختلف في بيان صح
العلما فيه قال اصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها وقال
الشافعي رحمه الله تقدر بنفسها على الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف
وعلى المعسر مد واحتج بظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته اي
قدر سعته فدل انها مقدرة ولانه اطعام واجب فوجب ان يكون مقدرا
كالاطعام في الكفارات ولانها وجبت بدلا عن الملك عنده ولمقابلة الحبس عندكم
وكانت مقدرة كالثمن في البيع والمهر في النكاح ولنا قوله تعالى وعلى
المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير فمن قدر خالف نفقته
النص ولانه اوجبها باسم الرزق ورزق الانسان كفايته في العرف والعادة
كرزق القاضي والمضارب وروي ان هندا امراة ابي سفيان قالت يا رسول الله
ان ابا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال النبي صلى الله عليه
وسلم خذي من مال ابي سفيان وولدك بالمعروف نص على الكفاية فدل ما يكفيك صح
ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولانها وجبت لكونها محبوسة بحق الزوج
ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضي

والمضارب

والمضارب واما الاية فهي حجة عليه لان فيها امرا لذي السعة بالانفاق على
قدر سعته مطلقا عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييدا للمطلق وانه
لا يجوز الا بدليل وقوله انه اطعام واجب يبطل بنفقة الاقارب فانه اطعام واجب
وهي غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية والتقدير في الكفارات ليس لكونها نفقة
واجبة بل لكونها عبادة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكوات فكانت
مقدرة بنفسها كالزكاة ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة
بل على وجه الكفاية فتتقدر بكفايتها كنفقة الاقارب واما قوله انها
وجبت بدلا فممنوع ولسنا نقول انها تجب بمقابلة الحبس بل تجب جزا
على الحبس ولا يجوز ان تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا واذا كان
من النفقة صح وجوبها على سبيل الكفاية فيجب على الزوج مقدار ما يكفيها من الطعام
والادام والدهن لان الخبز لا يوكل عادة الا مادوما والدهن لا بد منه للنسا
ولا تقدر نفقتها بالدراهم والدنانير على اي سعر كانت لان فيه اضرارا باحد
الزوجين اذ السعر قد يغلو وقد يرخص بل تقدر على حسب اختلاف الاسعار
غلاء ورخصا رعاية للجانبين ويجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين
صيفية وشتوية لانها كما تحتاج الى الطعام والشراب تحتاج الى اللباس
لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والاعسار والصيف
والشتا على ما نذكر وذكر في كتاب النكاح ان المعسر يفرض عليه خمسة دراهم
في كل شهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار سعر الوقت ولو
جا الزوج بطعام يحتاج الى الطبخ والخبز فابت المراة الطبخ والخبز تفتى
بان تطبخ وتخبز لان النبي صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة
ولكنها لا تجبر على ذلك ان ابت ويامر الزوج ان ياتي لها بطعام مهيا ولو
استاجرها للطبخ والخبز لم تجز ولا يجوز لها اخذ الاجرة على ذلك لانها لو
اخذت الاجرة لاخذتها على عمل واجب عليها في الفتوى فكان في معنى الرشوة
فلا يحل لها الاخذ وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله ان هذا اذا كان بها علة لا تقدر
على الطبخ والخبز او كانت من بنات الاشراف فاما اذا كانت تقدر على
ذلك وهي ممن تخدم نفسها تجبر على ذلك واذا كان لها خادم تجب لخادمها
ايضا النفقة والكسوة اذا كانت متفرغة لخدمتها لا شغل لها غيرها لان
امور البيت لا تقوم بها وحدها فتحتاج الى خادم ولا تجب عليه لاكثر من خادم واحد
في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تجب لخادمين ولا تجب لاكثر من

ذلك وروى عنه رواية اخرى ان المراة اذا كانت بحل مقدارها عن خادم واحد
وتحتاج الى اكثر من ذلك تجب لاكثر من ذلك بالمعروف وبه اخذ الطحاوي
وجه قول ابي يوسف ان خدمة المراة كثيرا لا تقوم بخادم واحد بل تقع
الحاجة الى خادمين يكون احدهما معينا للاخر وجه قولهما ان الزوج
لو قام بخدمتها بنفسه لا تلزمه نفقة خادم اصلا وخادم واحد يقوم مقامه
فلا يلزمه غيره لانه اذا اقام مقامه صار كانه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد
لا بد منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمين
اولى من اعتبار الثلاثة والاربع فيقدر بالاقل وهو الواحد هذا اذا كان الزوج
موسرا فاما اذا كان معسرا فقد روى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس عليه
نفقة خادم وان كان لها خادم وقال محمد ان كان لها خادم فعليه نفقته
والا فلا وجه قول محمد انه لما كان لها خادم علم انها لا ترضى بالخدمة بنفسها
فكان على الزوج نفقة خادمها واذا لم يكن لها خادم دل انها راضية بالخدمة
بنفسها فلا تجبر على اتخاذ خادم لم يكن وجه رواية الحسن ان الواجب
على الزوج المعسر من النفقة ادنى الكفاية وقد تكتفي المراة بخدمة نفسها
فلا يلزمه نفقة الخادم وان كان لها خادم واما الثاني وهو بيان من يقدر به
هذه النفقة فقد اختلف فيه ايضا ذكر الكرخي ان مقدار النفقة والكسوة
تعتبر بحال الزوج في يساره واعساره لا بحالها وهو قول الشافعي ايضا وذكر
الجصاص انه يعتبر بحالهما جميعا حتى لو كانا موسرين فعليه نفقة اليسار
وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار وكذلك اذا كان الزوج معسرا والمراة
موسرة ولا خلاف في هذه الجملة فاما اذا كان الزوج موسرا والمراة معسرة
فعليه نفقة اليسار على ما ذكره الكرخي وعلى قول الجصاص عليه ادنى من
نفقة الموسرات واوسع من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفرطا
في اليسار ياكل خبز الحوارى ولحم الحملان والدجاج والمراة مفرطة في الفقر
تاكل في بيت اهلها خبز الشعير لا يجب عليه ان يطعمها ما ياكله ولا يطعمها
ما كانت تاكل في بيت اهلها ايضا ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة
وكذلك الحنطة على هذا الاعتبار وجه قول الجصاص ان في اعتبار حالهما في
تقدير النفقة نظرا من الجانبين فكان اولى من اعتبار حال احدهما والصحيح
ما ذكره الكرخي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر رزقه
فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها وهذا نص في الباب واذا عرف

ظاهر م
ان امر الكبر وم
ان امر الكدخدانية

فعليه نفقة الاعسار م

الكسوة م
والكسوة م

هذا

هذا فنقول اذا كان الزوج معسرا ينفق عليها ادنى ما يكفيها من الطعام والادم والدهن
بالمعروف ومن الكسوة ادنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية وان كان وسطا ينفق
عليها اوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة ارفع من ذلك كله بالمعروف وانما
كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان دفع الضرر عن الزوجين واجب وذلك في
ايجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف
قميص وخمار وملحفة وسراويل في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن
واللين والوسط الخشن اذا كان من الفقرا واللين اذا كان من الاغنيا والوسط
اذا كان من الاوساط وذلك كله من القطن او الكتان على حسب عادة البلدان
الا الخمار فانه يفرض على الغني خمار حرير وفي الشتا تزاد على ذلك حشوا او فروة
بحسب اختلاف البلاد في الحر والبرد واما نفقة الخادم فقد قيل ان الزوج
الموسر تلزمه نفقة الخادم ما يلزم المعسر نفقة امراته وهو ادنى الكفاية وكذا
الكسوة ولو اختلفا فقالت المراة انه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال
الزوج اني معسر وعلي نفقة المعسرين والقاضي لا يعلم بحاله ذكر في كتاب النكاح
ان القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضي والخصاف وذكر محمد رحمه
الله في الزيادات ان القول قول المراة مع يمينها واصل هذا انه متى وقع الاختلاف
بين الطالب وبين المطلوب في يسار المطلوب واعساره في سائر الديون فالمشايخ
اختلفوا فيه منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول
الطالب مطلقا ومنهم من حكم فيه زي المطلوب ومحمد رحمه الله فصل بين الامرين
فجعل القول قول الطالب في البعض وقول المطلوب في البعض وذكر في
الفصل اصلا يوجب ان يكون القول في النفقة قول المراة ولذا فصل الخصاف
لكنه ذكر اصلا يقتضي ان يكون القول في النفقة قول الزوج وبيان الاصلين
وذكر الحجج ياتي في كتاب الحبس ان شا الله تعالى فان اقامت المراة البينة
على يساره قبلت بينتها وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لانها مثبتة
وبينة الزوج لا تثبت شيا ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم
ايسر قبل تمام الشهر يزيدها في الفرض لان النفقة تختلف باختلاف اليسار
والاعسار وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم
يكفها ما فرض لها فانه يزيدها في الفرض لان الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف
باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج اليها ثم ضاعت قبل
تمام الشهر فليس عليه نفقة اخرى حتى تمضي الشهر وكذا اذا كساها الزوج فضاعت

بالمعروف وان كان غنيا ينفق
عليها اوسع من ذلك كله بالمعروف
ومن الكسوة ارفع من ذلك كله
م

عت

الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضي المدة التي اخذت لها الكسوة
بخلاف نفقة الاقارب فان هناك يجبر على نفقة اخرى وكسوة اخرى لتمام المدة
اذا احلقت انها ضاعت ووجه الفرق ان تلك النفقة تجب للحاجة الا ترى انها (ان م)
لا تجب الا للمحتاج وقد تحققت الحاجة الى نفقة اخرى وكسوة اخرى ووجوب
هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل انها تجب للموسرة الا ان لها شبها بالاعواض (تجب م)
وقد جعلت عوضا عن الاحتباس في جميع الشهر فلا يلزم عوض اخر في هذه ولو (مدة م)
فرض لها القاضي نفقة او كسوة فمضى الوقت الذي اخذت له وقد بقيت تلك
النفقة والكسوة بان اكلت من مال اخر او لبست من مال اخر فلها عليه نفقة
اخرى وكسوة اخرى بخلاف نفقة الاقارب والفرق ما ذكرنا ان نفقة الاقارب
تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقا النفقة والكسوة ونفقة
الزوجات لا تجب لمكان الحاجة انما تجب جزا على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية
عن الاحتباس وقد جعلت عوضا عن الاحتباس في هذه المدة وهي محتبسة بعد
مضي هذه المدة بحبس اخر فلا بد لها من عوض اخر ولو نفدت نفقتها قبل مضي
المدة التي لها اخذت او تخرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضي
المدة بخلاف نفقة الاقارب وكسوتهم والفرق على نحو ما ذكرنا والله اعلم

فصل واما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلما في
كيفية وجوبها قال اصحابنا انها تجب على وجه لا تصير دينا في ذمة الزوج الا
بقضا القاضي او بتراضي الزوجين فان لم يوجد احد هذين تسقط بمضي
الزمان وقال الشافعي انها تصير دينا في الذمة من غير قضا ولا رضا ولا تسقط
بمضي الزمان فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ان الفرض من القاضي
او الرضا هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج ام لا وفي
بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج اذا كان شرطا وفي بيان
حكم صيرورتها دينا في ذمة الزوج اما الاول فهو على الاختلاف الذي
ذكرنا احتج الشافعي بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف وعلى كلمة ايجاب فقد اخبر عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا
عن الزمان وقوله لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق
مما اتاه الله امرنا بالانفاق مطلقا عن الوقت ولان النفقة قد وجبت والاصل
ان ما وجب على الانسان لا يسقط الا بالايصال او الابرا كساير الواجبات
ولانها وجبت عوضا عن الاستمتاع لوجوبها بمقابلة المتعة فتثبت في الذمة

من غير قضا كالمهر والدليل عليه ان الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس بها
والصلة لا تحتمل الجبر والحبس ولنا ان هذه النفقة تجري مجرى الصلة وان
كانت تشبه الاعواض لكنها ليست بعوض حقيقة لانها لو كانت عوضا حقيقة
فاما ان كانت عوضا عن نفس المتعة وهي الاستمتاع واما ان كانت عوضا عن ملك (أنه م)
المتعة وهو الاختصاص بها لا سبيل الى الاول لان الزوج ملك منفعتها بالعقد وكان
هو بالاستمتاع متصرفا في ملك نفسه باستيفا منافع مملوكة له ومن تصرف
في ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثاني لان ملك المتعة قد قوبل
بعوض مرة فلا يقابل بعوض اخر فخلت النفقة عن العوض فلا تكون عوضا حقيقة (بعوض م)
بل كانت صلة ولذلك سماها الله تعالى رزقا بقوله وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق القاضي والصلات لا تملك
بانفسها بل بقرينة تنضم اليها وهو القبض كما في الهبة او قضا القاضي لان
للقاضي ولاية الالزام في الجملة او التراضي لان ولاية الانسان على نفسه اقوى من (اقوى م)
ولاية القاضي عليه بخلاف المهر لانه وجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا مطلقا
فلا يسقط بمضي الزمان كساير الديون المطلقة ولا حجة له في الايتين لان
فيهما وجوب النفقة لا بقاها واجبة لانهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت
البقا انما يثبت باستصحاب الحال وانه لا يصلح لالزام الخصم واما قوله ان
الاصل فيما وجب على انسان ان لا يسقط ~~الا يسقط~~ الا بالقضا او بالابرا فنقول
هذا حكم الواجب مطلقا لا حكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه انه يسقط
بمضي الزمان كنفقة الاقارب واجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله
انها وجبت عوضا واما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك في الجملة فانه
يجبر على نفقة الاقارب ويحبس بها وان كانت صلة وكذا من اوصى بان
يوهب عبده من فلان فمات الموصي فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة
في العبد يجبر عليه ويحبس به وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس
لا ينفيان معنى الصلة وعلى هذا يخرج ما اذا استدانت على الزوج قبل الفرض
والتراضي فانفقت انها لا ترجع بذلك على زوجها بل تكون متطوعة في
الانفاق سوا كان الزوج غايبا او حاضرا لانها لم تصر دينا في ذمة الزوج
لعدم شرط صيرورتها دينا في ذمته فكانت الاستدانة الزام الزوج الدين
بغير امره وامر من ليس له ولاية الامر فلم يصح وكذا اذا انفقت من مال نفسها لما قلنا (نفسها م)
وكذا لو ابرات زوجها عن النفقة قبل فرض القاضي والتراضي لا يصح الابرا لانه ابرا

عن ما ليس بواجب والابرا اسقاط واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا لو صالحت
زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضي ما يكفيها فان القاضي يفرض
لها ما يكفيها لانها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالابرا
والله اعلم والثاني حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غايبا وطلبت المراة من
القاضي ان يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضي عالما بالزوجية
وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قول شريح رحمهما الله وقد كان ابو حنيفة
اولا يقول وهو قول ابراهيم النخعي رحمهما الله ان هذا ليس بشرط ويفرض
القاضي النفقة على الغايب وحجة هذا القول ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لهند امراة ابي سفيان وكان غايبا وجه قوله الاخر ان الفرض من
القاضي على الغايب قضا عليه وقد صح من اصلنا ان القضا على الغايب لا يجوز
الا ان يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد واما الحديث فلا حجة فيه لان النبي
صلى الله عليه وسلم انما قال ذلك لهند على سبيل الفتوى لا على سبيل القضا بدليل
انه لم يقدر لها ما تاخذ من مال ابي سفيان وفرض النفقة من القاضي تقديرها
فاذا لم يقدر لم يكن فرضا فلم يكن قضا لحقيقته ان من جوز القضا على الغايب فانما
يجوزه اذا كان غايبا غيبة سفر فاما اذا كان في المصر فلا يجوز بالاجماع
لانه لا يعد غايبا وابو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان اعانة لا قضا
فان لم يكن القاضي عالما بالزوجية فسالت القاضي ان يسمع بينتها بالزوجية
ويفرض على الغايب قال ابو يوسف لا يسمع ولا يفرض وقال زفر يسمع
ويفرض لها وتستدين عليه فاذا حضر الزوج وانكر يامرها باعادة البينة
في وجهه فان فعلت نفذ الفرض وصحت الاستدانة وان لم تفعل لم تنفذ
ولم تصح وجه قول زفر ان القاضي انما يسمع هذه البينة ~~في وجهه فان~~
~~فعلت بعد الفرض~~ لا لاثبات النكاح على الغايب ليقال ان الغيبة تمنع بل ليتوصل
بها الى الفرض ويجوز سماع البينة في حق دون حكم كشهادة رجل وامراتين
على السرقة انها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع كذا ههنا تقبل هذه
البينة في حق صحة الفرض ولا تقبل في اثبات النكاح فاذا حضر استعادها
البينة فان اعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة والا فلا والصحيح قول ابي
يوسف لان البينة على اصل اصحابنا لا تسمع الا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع
وما ذكره زفر ان بينتها تقبل في حق صحة الفرض غير سديد لان صحة الفرض
مبنية على ثبوت الزوجية فاذا لم يكن اثبات الزوجية بالبينة بسبيل لعدم

الخصم

الخصم لم يصح فلا سبيل الى القبول في حق صحة الفرض ضرورة هذا اذا كان
الزوج غايبا ولم يكن له مال حاضر فاما اذا كان له مال حاضر فان كان المال
في يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها من غير اذن القاضي
لحديث ابي سفيان فلو طلبت المراة من القاضي فرض النفقة في ذلك المال
وعلم القاضي بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة فيه لان لها ان تاخذ
فتنفق على نفسها من غير فرض القاضي فلم يكن الفرض من القاضي في هذه
الصورة قضا بل كان اعانة لها على استيفا حقها وان كان في يد مودعه او مضاربه
او كان له دين على غيره فان كان صاحب اليد مقرا بالوديعة والزوجية او كان
من عليه الدين مقرا بالدين والزوجية او كان القاضي عالما بذلك فرض لها
في ذلك المال نفقتها في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يفرض وجه
قوله ان هذا قضا على الغايب من غير ان يكون عنه خصم حاضر اذ المودع
ليس بخصم عن الزوج وكذا المديون فلا يجوز ولنا ان صاحب اليد هو
المودع اذا اقر بالوديعة والزوجية او اقر المديون بالدين والزوجية
فقد اقر ان لها حق الاخذ والاستيفا لان للزوجة ان تمد يدها الى مال زوجها
فتاخذ كفايتها منه لحديث ابي سفيان فلم يكن فرض النفقة لها في ذلك المال
قضا بل كان اعانة لها على اخذ حقها ولهذا احيا زوجته وكان له ذلك وان جحد احد
الامرين ولا علم للقاضي به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع البينة يكون قضا
على الغايب من غير خصم حاضر لانه ان انكر الزوجية لا يمكنها اقامة البينة على
الزوجية لان المودع ليس بخصم عنه في الزوجية وان انكر الوديعة او الدين لا
يمكنها اقامة البينة على الوديعة والدين لانها ليست بخصم عن زوجها في
اثبات حقوقه وكان سماع البينة على ذلك قضا على الغايب من غير ان يكون
عنه خصم حاضر وذلك غير جايز عندنا هذا اذا كانت الوديعة او الدين
من جنس النفقة بان كان دراهم او دنانير او طعاما او ثيابا من جنس كسوتها واما
اذا كان من جنس اخر فليس لها ان تتناول شيا من ذلك وان طلبت من القاضي
فرض النفقة فيه فان كان عقارا لا يفرض القاضي فيه النفقة بالاجماع لانه
لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغايب بالنفقة بالاتفاق
وان كان منقولا من العروض ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف
فيه فقال لا يبيع العروض عليه في قول ابي حنيفة وعندهما له ان يبيع عليه
وهي مسالة الحجر على الحر العاقل البالغ وذكر القدوري فقال المسالة على الاتفاق

فقال له القاضي انما يبيع علي اصلهما عن الحاضر الممتنع عن قضا الدين لكونه ظالما
في الامتناع دفعا لظلمه والغايب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه
واذا فرض القاضي لها النفقة في شي من ذلك واخذ منها كفيلا فهو حسن لاحتمال
ان يحضر الزوج فيقيم البينة علي طلاقها او علي ايفائه حقها في النفقة عاجلا
فينبغي ان يستوثق ما يعطيها بالكفالة ثم اذا رجع الزوج ينظر ان كان لم يعجل
لها النفقة فقد مضي الامر وان كان قد عجله واقام البينة علي ذلك او لم يقم
له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شا اخذ من المراة وان شا اخذ من
الكفيل ولو اقرت المراة انها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج فان الزوج ياخذ
منها ولا ياخذ من الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حقها لا في حق الكفيل
ولو طلبت المراة من القاضي ان يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين لم يفعل
ذلك وان كان عالما بهما لان القضا بالنفقة في الوديعة والدين كان نظرا للغايب
لما في الانفاق من احيا زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر انه يرضي بذلك وهذا
المعني لا يوجد في المهر ولو كان الحاكم فرض لها علي الزوج النفقة قبل غيبته الحاكم
فطلبت من القاضي ان يقضي لها بنفقة ماضية في الوديعة والدين قضي لها
بذلك لانه لما جاز القضا بالنفقة في الوديعة والدين يستوي فيه الماضي
والمستقبل لان طريق الجواز لا يختلف وكذلك اذا كان للغايب مال حاضر هو
من جنس النفقة وله اولاد صغار فقرا وكبار ذكور زمني فقرا او اناث فقيرات
او والدان فقيران فان كان المال في ايديهم فلهم ان ينفقوا منه علي انفسهم فان
طلبوا من القاضي فرض النفقة فيه فرض لانه يكون اعانة لا قضا وكذا اذا اقر المودع
والمديون بالوديعة والدين وبالنسب او علم القاضي بذلك فرض لهم في ذلك
المال نفقتهم لان نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الاحيا لان الانسان يرضي
باحيا كله وجزوه من ماله ولهذا كان لاحدهما ان يمد يده الي مال الاخر عند
الحاجة فياخذ من غير قضا ولا رضي وقد تحققت الحاجة هاهنا وكان
للقاضي ان يفرض ذلك من طريق الاعانة لصاحب الحق وان جحدهما او احدهما ولا
علم للقاضي به لا يفرض لما ذكرنا في الزوجة ولا يفرض لغيرها ولا من ذوي الرحم
المحرم نفقتهم في مال الغايب لان نفقتهم من طريق الصلة المحضة اذ ليس
لهم حق في مال الغايب اصلا الا تري انه ليس لاحدهم ان يمد يده الي مال صاحبه
فياخذ وان مست الحاجة من غير قضا القاضي لكان الفرض قضا علي الغايب
من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم ان ينفقوا

وان كان المال في يد مودعه او كان المال دينا علي انسان فرض القاضي نفقتهم منه صح

بانفسهم

بانفسهم وليس للقاضي ان يبيع علي الغايب في النفقة علي هولا العقار بالاجماع والحكم
في العروض علي ما بينا من الاتفاق والاختلاف وفي بيع الاب العروض خلاف نذكره
في نفقة الاقارب واما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتي لو كان
معسرا وطلبت المراة الفرض من القاضي فرض عليه اذا كان حاضرا وتستدين
عليه فتنفق علي نفسها لان الاعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع
الفرض واذا طلبت المراة من القاضي الفرض علي زوجها الحاضر فان كان قبل
النقلة وهي بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم او كان امتناعها بحق
فرض القاضي لها اعانة لها علي الوصول الي حقها الواجب لوجود سبب
الوجوب وشرطه وان كان بعد ما حولها الي منزله فزعمت انه ليس ينفق
عليها او شكت التضييق الي القاضي في النفقة فلا ينبغي له ان يعجل بالفرض
ولكنه يامره بالنفقة والتوسيع عليها لان ذلك من باب الامساك بالمعروف
وانه مامور به ويتاني في الفرض ويتولي الزوج الانفاق بنفسه الي ان يظهر
ظلمه بالترك والتضييق في النفقة فحينيذ يفرض عليه نفقة كل شهر
ويامره ان يدفع النفقة اليها فتنفق هي بنفسها علي نفسها ولو قالت [illegible]
انه يريد ان يغيب فخذ لي منه الكفيل بالنفقة لا يجبره القاضي علي اعطا الكفيل
لان نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا يجبر علي الكفيل بما ليس بواجب
تحقيقه انه لا يجبر علي الكفيل بدين واجب فكيف بغير واجب والي هذا
اشار ابو حنيفة فقال لا اوجب عليه كفيلا بنفقة لم تجب لها بعد وقال
ابو يوسف استحسن ان اخذ لها منه كفيلا بنفقة شهر لانا نعلم بالعادة
ان هذا القدر تجب في السفر لان السفر يمتد الي شهر غالبا والجواب ان نفقة
الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلا بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن
لو اعطاها كفيلا جاز لان الكفالة بما يذوب علي فلان جايزة واما الثالث
وهو صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج فنقول اذا فرض لها القاضي
نفقة كل شهر او تراضيا علي ذلك ثم منعها الزوج ذلك شهرا غايبا كان
او حاضرا فلها ان تطالبه بنفقة ما مضي لانها لما صارت دينا بالفرض
او بالتراضي صارت سبب استحقاق المطالبة بها كساير الديون بخلاف
نفقة الاقارب اذا مضت المدة ولم توخذ انها تسقط لانها لا تصير
دينا راسا لان وجوبها للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضي فلا يبقي
الواجب كما لو استغني بماله فاما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وان كانت

خ
متي تفرض القاضي
القاضي
بيان حكم
في

مقدرة بالكفاية الا ترى انها تجب مع الاستغنا بان كانت موسرة وليس في مضي
الزمان الا الاستغنا ولو انفقت من مالها بعد الفرض او التراضي لها ان ترجع على
الزوج لان النفقة صارت دينا عليه وكذا اذا استدانت على الزوج كانت استدانتها
على الزوج باذن القاضي او بغير اذنه غير انها ان كانت بغير اذن القاضي كانت المطالبة
عليها خاصة ولم يكن للغريم ان يطالب الزوج بما استدانت وان كانت باذن
القاضي لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين هو فايدة اذن القاضي
بالاستدانة ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر
فطلبت المراة حبسه له ان يحبسه لان النفقة لما صارت دينا عليه بالقضا
صارت كساير الديون الا انه لا ينبغي ان يحبسه في اول مرة بل يتقدم اليه
فان لم يدفع حبسه حينيذ كما في ساير الديون لما نذكر في كتاب الحبس ان شا
الله تعالى واذا حبس لاجل النفقة فما كان من جنس النفقة سلمه القاضي اليها
بغير رضاه بالاجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيا من ذلك
ولكن يامره ان يبيع بنفسه وكذا في ساير الديون في قول ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد يبيع عليه وهي مسالة الحجر على الحر البالغ العاقل نذكرها
في كتاب الحجر ان شا الله تعالى فان ادعى الزوج انه قد اعطاها النفقة وانكرت
فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعي قضا دين كان عليه وهي تنكر فكان
القول قولها مع يمينها كما في ساير الديون ولو اعطاها الزوج مالا فاختلفا
فقال الزوج هو من النفقة وقالت هو من المهر فالقول قول الزوج الا ان
تقيم المراة البينة لان التمليك منه فكان هو اعرف بجهة التمليك كما لو بعث
اليها شيا فقالت هو هدية وقال هو من المهر فالقول قوله الا في الطعام
الذي يوكل لما قلنا كذا هذا ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت من نفقتها جاز
لكن برضى الزوج لان التقاص انما يقع بين الدينين المتماثلين الا ترى انه لا
يقع بين الجيد والردي ودين الزوج اقوى بدليل انه لا يسقط بالموت
ودين النفقة يسقط بالموت فاشبه الجيد والردي فلا بد من المقاصة
بخلاف غيرها من الديون والله اعلم فصل واما بيان ما يسقطها
بعد وجوبها وصيرورتها دينا في ذمة الزوج فالمسقط لها بعد وجوبها
قبل صيرورتها دينا في الذمة واحد وهو مضي الزمان من غير فرض القاضي
والتراضي واما المسقط لها بعد صيرورتها دينا في ذمة الزوج فامور
منها الابرا عن النفقة الماضية لانها لما صارت دينا في ذمته كان الابرا اسقاطا

لانا قلنا سوآء م

بل يوخر الحبس
الى مجلسين او ثلاثة
يعظه في كل مجلس
يتقدم اليه صح

لدين واجب فيصح كما في ساير الديون ولو ابراته عما يستقبل من النفقة المفروضة
لم يصح الابرا لانها تجب شيا فشيا على حسب حدوث الزمان فكان الابرا منها
اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب ايضا وهو الحبس
لانه يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح ولذا يصح هبة النفقة الماضية لان هبة
الدين تكون ابراء عنه فتكون اسقاط دين واجب فتصح ولا تصح هبة ما
يستقبل لما قلنا ومنها موت احد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل اعطا
النفقة لم يكن للمراة ان تاخذها من ماله ولو ماتت المراة لم يكن لورثتها ان
ياخذوا لما ذكرنا انها تجري مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض
كالهبة فان كان الزوج اسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضي ذلك الوقت
لم ترجع ورثته عليها بشي في قول ابي حنيفة وابي يوسف سوا كان قايما
او مستهلكا وكذلك لو ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها عندهما وقال
محمد لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة ويجب رد الباقي ان كان
قايما وان كان هالكا فلا شي بالاجماع وروى ابن رستم عن محمد انها ان
كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشي وان كان المقبوض
اكثر من ذلك رفع عنها نفقة شهر ورد ما بقي وجه هذه الرواية
ان الشهر فما دونه في حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه في
حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين وجه ظاهر قول محمد رحمه
الله ان هذه النفقة تشبه الاعواض فيسلم لها بقدر ما سلم للزوج من
المعوض كالاجارة اذا عجل المستاجر الاجرة ثم مات احدهما قبل تمام المدة
وجه قولهما ان هذه صلة اتصل بها القبض فلا يثبت فيها الرجوع
بعد الموت كساير الصلات المقبوضة واما قوله انها تشبه الاعواض
فنعم لكن بوصفها لا باصلها الا ترى انها تسقط بالموت قبل القبض بلا
خلاف بين اصحابنا لاعتبار معنى الصلة فيراعى فيها المعنيان جميعا
فراعينا معنى الاصل بعد القبض فقلنا انها لا تبطل بالموت بعد القبض كالصلات
وراعينا معنى الوصف قبل القبض فقلنا لا يثبت فيها الرجوع كالاعواض اعتبارا
للاصل والوصف جميعا على ما هو الاصل في العمل بالشبهين عند الامكان
والله اعلم فصل واما نفقة الاقارب فالكلام فيها ايضا يقع في
المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات وهي بيان وجوب هذه النفقة وسبب
وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها

حق

المفروض

بل هي صلة باصلها صح

فلو ثبت فيها الرجوع اعتبار
للوصف م

انها تبطل بالموت قبل القبض
كالصلات فقلنا م

بعد الوجوب اما الاول وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة
انواع القرابات فنقول وبالله التوفيق القرابة في الاصل نوعان قرابة الولادة
وقرابة غير الولادة وقرابة غير الولادة نوعان ايضا قرابة محرمة للنكاح كالاخوة
والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الاعمام والاخوال ولا   والخالات م
خلاف في وجوب النفقة في الولاد فاما نفقة الوالدين فلقوله تعالى وقضى   قرابة م
ربك ان لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا اي امر ربك ووصى ربك ان لا
تعبدوا الا اياه وامر ووصى بالوالدين احسانا والانفاق عليهما حال فقرهما من
احسن الاحسان وقوله ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله ان اشكر لي
ولوالديك والشكر للوالدين هو المكافاة لهما ومجازي بعض ما كان منهما اليه   امر الولدان يكافي
من التربية والبر والعطف عليه والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما   لهما
عن القيام لامر انفسهما في الحوائج لهما وادرار النفقة حال عجزهما وحاجتهما   عليهما م
من باب شكر النعمة فكان واجبا وقوله وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا
في الوالدين الكافرين فالمسلمان اولى والانفاق عليهما عند الحاجة من اعرف
المعروف وقوله ولا تقل لهما اف وانه كناية عن كلام فيه ضرب ايذا
ومعلوم ان معنى التاذي بترك الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد اكثر
فكان النهي عن التافيف نهيا عن ترك الانفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم
والضرب دلالة وروي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه ان رجلا جا الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه ابوه فقال يا رسول الله ان لي مالا وان لي
ابا وله مال وان ابي يريد ان ياخذ مالي فقال النبي صلى الله عليه وسلم انت
ومالك لابيك اضاف مال الابن الى الاب بلام الملك وظاهره يقتضي ان
يكون للاب في مال الابن حقيقة الملك فان لم تثبت الحقيقة فلا اقل من ان
يثبت له حق التملك عند الحاجة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان
اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب اولادكم
اذا احتجتم اليه بالمعروف والحديث حجة باوله واخره اما باخره فظاهر
فانه عليه السلام اطلق للاب الاكل من كسب ولده اذا احتاج اليه مطلقا
عن شرط الاذن والعوض فوجب القول به واما باوله فلان معنى قوله
وان ولده من كسبه اي كسب ولده من كسبه لانه جعل كسب الرجل اطيب
الماكول والماكول كسبه لا نفسه واذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته
فيه لان نفقة الانسان في كسبه ولان ولده لما كان من كسبه كان كسب ولده

كسب

كسب كسبه وكسب كسب الانسان كسبه ككسب عبده فكان نفقته فيه   المأذون م
واما نفقة الولد فلقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الى قوله وعلى
المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي رزق الوالدات المرضعات
فان كان المراد الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ففيها من
ايجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الاب لاجل الولد كما في قوله تعالى
فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وان كان المراد منهن المنكوحات او
المطلقات المعتدات فانما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع وان كانت
المراة تستوجب ذلك من غير ولد لانها تحتاج الى فضل طعام وفضل كسوة
لمكان الرضاع الا ترى ان لها ان تفطر لاجل الرضاع اذا كانت صائمة لزيادة
حاجتها الى الطعام بسبب الولد ولان الانفاق عند الحاجة من باب احيا
المنفق عليه والولد جزو الوالد واحيا نفسه واجب كذا احيا جزوه واعتبار   ر
هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ولان هذه القرابة مفترضة
الوصل محرمة القطع بالاجماع والانفاق من باب الصلة فكان واجبا وتركه
مع قدرة المنفق وتحقق حالة المنفق عليه تفضي الى القطع فكان حراما
واختلف في وجوبها في القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الاولاد فقال
اصحابنا تجب وقال مالك والشافعي لا تجب غير ان مالكا يقول لا نفقة
الا على الابن للاب والاب للابن حتى قال لا نفقة على الجد لابن الابن ولا على
ابن الابن للجد وقال الشافعي تجب على الوالدين والمولودين والكلام في
هذه المسلة بنا على ان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا
خلافا لهما وعلى هذا يبنى العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقة وهي
من مسايل العتاق وسنذكرها هناك ان شا الله تعالى ثم الكلام في المسلة
على سبيل الابتدا احتج الشافعي فقال ان الله تعالى اوجب النفقة على الاب
لا غير بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله
في القرب يلحق به والا فلا ولا يقال ان الله تعالى قال وعلى الوارث مثل ذلك
لان ابن عباس رضي الله عنهما صرف قوله ذلك الى ترك المضارة لا الى النفقة
والكسوة فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود له
بولدهما ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك روي عن عمر بن الخطاب
وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وجماعة من التابعين انه معطوف على النفقة
والكسوة لا غير لا على ترك المضارة معناه وعلى الوارث مثل ذلك ما على المولود

له من النفقة والكسوة ومصداق هذا التاويل انه لو جعل عطفا على هذا لكان
عطف الاسم على الاسم وانه سايغ ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف
الاسم على الفعل فكان الاول اولى ولانه لو جعل عطفه على قوله لا تضار لكان
من حق الكلام ان يقول وعلى الوارث مثل ذلك وجماعة من اهل التاويل
جعلوه عطفا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة لان الكلام كله
معطوف بعضه على بعض بحرف الواو وانه حرف جمع فيصير الكل مذكورا
في حالة واحدة فينصرف قوله ذلك الى الكل اى على الوارث مثل ذلك من
النفقة والكسوة وان لا يضارها لا في النفقة وغيرها وبه تبين رجحان
هذين التاويلين على تاويل ابن عباس رضى الله عنهما على ان ما قاله ابن عباس
ومن تابعه لا ينفي وجوب النفقة على الوارث بل يوجبه لان قوله لا تضار
والدة بولدها نهي عن المضارة مطلقا في النفقة وغيرها فاذا كان معنى
اضرار الوالد للوالدة بترك الانفاق عليها او بانتزاع الولد منها وقد امر الوارث
بقوله وعلى الوارث مثل ذلك الا يضارها فانما يرجع ذلك الى مثل ما لزم الاب
وذلك يقتضي ان يجب على الوارث ان يسترضع الوالدة باجر مثلها ولا يخرج
الولد من يدها الى يد غيرها اضرارا بها واذا ثبت هذا فظاهر الاية يقتضي
وجوب النفقة والكسوة على كل وارث او على مطلق الوارث الا من خص او
قيد بدليل واما القرابة التي ليست محرمة للنكاح فلا نفقة لها عند
عامة العلما خلافا لابن ابي ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك من غير فصل بين وارث ووارث وانا نقول المراد منه
الوارث من الاقارب الذي له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفناه بقراة
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك
لان وجوبها في القرابة معلول بكونه صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيختص
وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم يوجد فلا تجب ولهذا
لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع
بالسرقة فصل واما سبب وجوب هذه النفقة اما نفقة الولاد فسبب
وجوبها هو الولاد لان به تثبت الجزية والبعضية والانفاق على المحتاج
احيا له ويجب على الانسان احيا كله وجزوه وان شيت قلت سبب
وجوب نفقة الاقارب من الوالدين والمولودين وغيرهما من الرحم
المحرم هو القرابة المحرمة لانه اذا حرم قطعها يحرم كل سبب يفضي الى القطع وترك للقطع ٣

الانفاق

الانفاق من ذي الرحم المحرم مع القدرة وحاجة المنفق عليه يفضي الى قطع الرحم فيحرم
الترك واذا حرم الترك وجب الوصل ضرورة واذا عرف هذا فنقول الحال
في القرابة الموجبة للنفقة لا تخلو اما ان كانت حال الانفراد واما ان كانت
حال الاجتماع فان كانت حال الانفراد بان لم يكن هناك من يجب عليه النفقة
الا واحد تجب كل النفقة عليه عند استجماع شرايط الوجوب لوجود
سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد او الرحم المحرم وشرطه من
غير مزاحم وان كانت حال الاجتماع فالاصل انه متى اجتمع الاقرب والابعد
فالنفقة على الاقرب في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم وان استويا
في القرب ففي قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه اخر وتكون النفقة
على من وجد في حقه نوع رجحان ولا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث
وان كان كل واحد منهما وارثا وان لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على
قدر ميراثهما واما في غيرها من الرحم المحرم فان كان الوارث احدهما والاخر
محجوبا فالنفقة على الوارث ويترجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا
فالنفقة عليهما على قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقة في قرابة
٣ الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك
علق الاستحقاق بالارث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال اصحابنا ان من
اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين ولو اوصى لولد فلان كان الذكر والانثى فيه سوا فدل به ما
ذكرنا وبيان هذا الاصل اذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن لانه
اقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن موسرا فالنفقة على الابن ايضا
اذا لم يكن زمنا لانه هو الاقرب ولا سبيل الى ايجاب النفقة على الابعد
مع قيام الاقرب الا ان القاضي يامر ابن الابن بان يودي عنه على ان
يرجع عليه اذا ايسر فيصير الابعد نايبا عن الاقرب في الادا ولو ادى
بغير امر القاضي لم يرجع ولو كان له اب وجد فالنفقة على الاب لا على
الجد لان الاب اقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا فنفقته على
الاب ايضا اذا لم يكن زمنا لكن يومر الجد بان ينفق ثم يرجع على الاب اذا ايسر
وكذا اذا كان له ابن ابن فالنفقات على الاب لانه اقرب الا انه اذا كان الاب
معسرا غير زمن وابن الابن موسرا فانه يودي عن الاب بامر القاضي ثم
يرجع عليه اذا ايسر ولو كان له اب وابن فنفقته على الابن لا على الاب فان

قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف علق وجوبها باسم الولاد وفي غيرها من الرحم المحرم يجب بحق الوراثة ٣

ادوم

وان استويا في القرب وترجح الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الاب فيكون
له حق في كسبه وكون ماله مضافا اليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم انت
ومالك لابيك ولا يشارك الولد في نفقة والديه احد لما قلنا وكذا في نفقة
والدته لعدم المشاركة في السبب وهو الولاد والاختصاص بالسبب يوجب
الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان احد في نفقة جده وجدته عند
عدم الاب والام لان الجد يقوم مقام الاب والام عند عدم الاب ولو كان
له ابنان فنفقته عليهما على السوا وكذا اذا كان له ابن وبنت ولا يفضل
الذكر على الانثى في النفقة لاستوائهما في سبب الوجوب وهو الولاد ولو
كان له بنت واخت فالنفقة على البنت لان الولاد لها وهذا يدل على ان
النفقة لا تعتبر بالميراث لان الاخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع
البنت ولا يجب على الابن نفقة منكوحة ابيه لانها اجنبية عنه الا ان
يكون الاب محتاجا الى من يخدمه فحينئذ تجب عليه نفقة امراته لانه يومر
بخدمة الاب بنفسه او بالاجير ولو كان للصغير ابوان فنفقته على الاب
لا على الام بالاجماع وان استويا في القرب والولاد ولا يشارك الاب في نفقة
ولده احد لان الله تعالى بتسميته بكونه مولودا له واضافة الولد اليه
بلام الملك وخصه بايجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله وعلى
المولود له رزقهن وكسوتهن اي رزق الوالدات المرضعات سمي
الام والدة والاب مولودا له فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن خص الاب
بايتاء اجر الرضاع بعد الطلاق وكذا اوجب في الابنين كل نفقة الرضاع
على الاب لولده الصغير وليس وراء الكل شي ولا يقال ان الله تعالى قال
وعلى المولود له رزقهن ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك والام وارثة
فيقتضي ان تشارك الاب في النفقة كسائر الورثة من ذي الرحم المحرم
وكمن قال اوصيت لفلان من مالي بالف درهم واوصيت لفلان مثل
ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث انهما يشتركان فيه كذا هذا وانا
نقول لما جعل الله تعالى كل النفقة على الاب بقوله وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن تعذر ايجابها على الام حال قيام الاب فيحمل على حال عدمه
ليكون عملا بالنص من كل وجه في حالين ولم يوجد مثل هذا في سائر ذوي
الرحم المحرم وفي باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين في
حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما في حالة واحدة فيلزم القول بالشركة

والجدة تقوم مقام الام عند عدمها

خص الاب صح

ضرورة

ضرورة ولو كان الاب معسرا غير عاجز عن الكسب والام موسرة فالنفقة على
الاب لكن تومر الام بالنفقة ثم ترجع بها على الاب اذا ايسر لانها تصير دينا
في ذمته اذا انفقت بامر القاضي ولو كان للصغير اب وام ام فالنفقة على
الاب والحضانة على الجدة لان الام لما لم تشارك الاب في نفقة ولده الصغير
مع قربها فالجدة مع بعدها اولى هذا اذا كان الابن صغيرا فقيرا وله
ابوان موسران فاما اذا كان كبيرا وهو ذكر فقير عاجز عن الكسب فقد
ذكر في كتاب النكاح ان نفقته ايضا على الاب خاصة وذكر الخصاف انها
على الاب والام اثلاثا ثلثاها على الاب وثلثها على الام وجه ما ذكره الخصاف
ان الاب انما اختص بايجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية
وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما
وجه رواية كتاب النكاح ان تخصيص الاب بالايجاب حال الصغر لاختصاصه
بتسميته بكونه مولودا له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير
واعتبار الولاية والارث في هذه النفقة غير سديد لانها تجب مع اختلاف
الدين ولا ولاية ولا ارث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجد احد في
نفقة ولد ولده عند عدم ولده لانه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا
يشارك الزوج في نفقة زوجته احد لانه لا يشاركه احد في سبب وجوبها
وهو حق الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر
من غير هذا الزوج او اب موسر او اخ موسر فنفقتها على الزوج لا على الاب
والابن والاخ لكن يومر الابن او الاب او الاخ بان ينفق عليها ثم يرجع على
الزوج اذا ايسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما
لانهما استويا في القرابة والوراثة ولا ترجيح لاحدهما على الاخر من وجه اخر
فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث السدس على الجد والباقي على
ابن الابن كالميراث ولو كان له ام وجد فالنفقة عليهما اثلاثا الثلث
على الام والثلثان على الجد على قدر ميراثهما وكذلك اذا كان له ام واخ
لاب وام او لاب او ابن اخ لاب وام او لاب او عم لاب وام او لاب كانت
النفقة عليهم اثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الاخ وابن الاخ والعم وكذلك
اذا كان له اخ لاب وام واخت لاب وام كانت النفقة عليهما اثلاثا على
قدر ميراثهما ولو كان له اخ لاب وام واخ لام فالنفقة عليهما تكون اسداسا
سدسها على الاخ لام وخمسة اسداسها على الاخ لاب وام ولو كان له جد وجدة

كانت النفقة عليهما اسداسا علي قدر الميراث ولو كان له عم وعمة فالنفقة
علي العم لانهما استويا في القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث فيترجح بكونه
وارثا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان له عمة وخالة او خال فالنفقة
عليهما اثلاثا ثلثاها علي العمة والثلث علي الخال او الخالة ولو كان له خال وابن
عم فالنفقة علي الخال لا علي ابن العم لانهما ما استويا في سبب الوجوب
وهو الرحم المحرم اذ الخال هو ذو الرحم المحرم واستحقاق الميراث للترجيح القطع
والترجيح يكون بعد الاستوا في ركن العلة ولم يوجد ولو كان له عمة
وخالة وابن عم فعلي الخالة الثلث وعلي العمة الثلثان لاستوايهما في سبب
استحقاق الارث فتكون النفقة عليهما علي قدر الميراث ولا شي علي ابن العم
لانعدام سبب الاستحقاق في حقه وهو القرابة المحرمة للقطع ولو كان له
ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة علي الاخوات علي خمسة اسهم ثلاثة
اسهم علي الاخت لاب وام وسهم علي الاخت لاب وسهم علي الاخت لام علي قدر
الميراث ولا يعتد بابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه
فيلحق بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن علي خمسة اسهم كذا
النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة اخوة متفرقين فالنفقة علي الاخ لاب
وام وعلي الاخ لام علي قدر الميراث اسداسا لان الاخ لاب لا يرث معهما فيلحق
بالعدم ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة علي العم لان العم ساواهما في سبب
الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما بكونه وارثا اذ الميراث له لا
لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما وان كان العم معسرا فالنفقة عليهما وهو معسر يجعل كالميت
لانه يجعل كالميت والاصل في هذا ان كل من كان يحرز جميع الميراث واذا
جعل كالميت كانت النفقة علي الباقين علي قدر مواريثهم وكل من كان
يحرز بعض الميراث لا يجعل كالميت وكانت النفقة علي قدر مواريث
من يرث معه بيان هذا الاصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر
عاجز عن الكسب او هو صغير وله ثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الاب
علي اخيه لابيه وامه وعلي اخيه لامه اسداسا سدس النفقة علي الاخ لام
وخمسة اسداسها علي الاخ لاب وام ونفقة الولد علي الاخ لاب وام خاصة
لان الابن يحرز جميع الميراث فيجعل كالميت فتكون النفقة علي الاخوين علي
قدر ميراثهما وميراثهما من الاب هذا فاما الابن فوارثه العم لاب وام لا العم
لاب ولا العم لام فكانت النفقة علي عمه لاب وام ولو كان للرجل ثلاث اخوات

متفرقات كانت نفقته عليهن اخماسا ثلاثة اخماسها علي الاخت لاب وام
وخمس علي الاخت لاب وخمس علي الاخت لام علي قدر مواريثهن ونفقة
الابن علي عمته لاب وام لانها هي الوارثة منه لا غير ولو كان مكان الابن بنت
والمسلة بحالها فنفقة الاب في الاخوة المتفرقين علي اخيه لابيه وامه
وفي الاخوات المتفرقات علي اخته لابيه وامه لان البنت لا تحرز جميع
الميراث فلا حاجة الي ان تجعل كالميتة فكان الوارث معها الاخ لاب وام لا غير
والاخت لاب وام لا غير لان الاخ والاخت لام لا يرثان مع الولد والاخ لاب لا
يرث مع الاخ لاب وام والاخت لاب لا ترث مع البنت والاخت لاب وام
لان الاخوات مع البنات عصبة وفي العصبات يقدم الاقرب فالاقرب
فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت علي العم لاب وام وعلي العمة لاب
وام لانهما وارثاها بخلاف الفصل الاول لان هناك لا يمكن ايجاب النفقة علي
الاخوة والاخوات الا بجعل الابن كالميت لانه يحرز جميع المال الميراث فمست
الحاجة الي ان يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الاب للاخ لاب وام
وللاخ لام اسداسا وللاخوات اخماسا وكذا النفقة وعلي هذا الاصل مسايل
فصل واما شرايط وجوب هذه النفقة فانواع بعضها يرجع الي
المنفق عليه خاصة وبعضها يرجع اليهما وبعضها يرجع الي غيرهما اما
بلغ
وبعضها يرجع الي المنفق خاصة صح
الذي يرجع الي المنفق عليه خاصة فانواع ثلاثة احدها اعساره فلا تجب
لموسر علي غيره نفقة في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم لان وجوبها
معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير المحتاج ولانه اذا كان غنيا لا يكون
هو بايجاب النفقة له علي غيره اولي من الايجاب عليه لغيره فيقع التعارض فيمتنع
الوجوب بل اذا كان يستغني بماله كان ايجاب نفقته في ماله اولي من ايجابها في مال
غيره بخلاف نفقة الزوجات انها تجب للزوجة الموسرة لان وجوب تلك
النفقة لا يتبع الحاجة بل لها شبه بالاعواض فيستوي فيها المعسرة
والموسرة كثمن المبيع والمهر واختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة
قيل هو الذي لا تحل له الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو
كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة علي قريبه الموسر فيه اختلاف
الرواية في رواية لا يستحق حتي لو كان اخا لا يومر الاخ بالانفاق عليه وكذا
اذا كانت بنتا او اما وفي رواية يستحق وجه الرواية الاولي ان النفقة لا تجب
لغير المحتاج وهو لا غير محتاجين لانه يمكنه الاكتفا بالادني بان يبيع المنزل

كله او بعضه ويكتري منزلا او يبيع الخادم وجه الرواية الاخرى ان بيع المنزل فيكتفي بالكرا
لا يقع الا نادرا وكذا لا يمكن لكل احد السكنى بالكرا وبالمنزل المشترك وهذا
هو الصواب ان لا يؤمر احد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالانفاق عليه الا
ترى انه يحل الصدقة لها ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير اذا ولا
كان له مال حتى كانت نفقته في ماله لا على الاب وان كان الاب موسرا
فان كان المال حاضرا في يد الاب انفق منه عليه وينبغي ان يشهد على
ذلك انه لو لم يشهد فربما ينكر الصبي اذا بلغ فيقول انك انفقت
من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي لان الظاهر ان الرجل الموسر
ينفق على ولده من مال نفسه وان كان لولده مال وكان الظاهر شاهدا
للولد فيبطل حق الاب وان كان المال غايبا ينفق من مال نفسه بامر القاضي
اياه بالانفاق ليرجع او يشهد على انه انفق من مال نفسه ليرجع ليمكنه الرجوع به في مال ولده صح
لما ذكرنا ان الظاهر ان الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده فاذا
امره القاضي بالانفاق من ماله ليرجع او يشهد على انه ليرجع فقد بطل الظاهر ينفق ح
وتبين انه انما انفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله من
الصبي فيمكنه الرجوع هذا في القضا واما فيما بينه وبين الله فيسعه ان يرجع
من غير امر القاضي والاشهاد بعد ان نوى بقلبه انه ينفق ليرجع لانه اذا
نوى ذلك دينا على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لانه يملك اقراض صار ح
ماله منه والله تعالى عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى والله
اعلم والثاني عجزه عن الكسب بان كان به زمانة او قعد او فلج او عمى او جنون
او كان مقطوع اليدين او اشلهما او مقطوع الرجلين او مفقود العينين
او نحو ذلك من العوارض التي تمنع الاكتساب حتى لو كان صحيحا مكتسبا لا يقضى
له بالنفقة على غيره الا الاب خاصه والجد عند عدمه فانه يقضى بنفقته
وان كان قادرا على الكسب بعد ان كان معسرا على ولده الموسر وكذا
نفقة الجد على ولد ولده اذا كان موسرا وانما كان كذلك لان المنفق عليه
اذا كان قادرا على الكسب كان مستغنيا بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه
بماله فلا تجب نفقته على غيره الا الوالد لان الشرع نهى الولد عن الحاق
ادنى الاذى بالوالدين وهو التافيف بقوله ولا تقل لهما اف ومعنى
الاذى في الزام الوالد الكسب مع غنا الولد اكثر فكان اولى بالنهي ولم يوجد
ذلك في الابن ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه ويحبس بدين ابيه ولان الشرع

اضافه

اضافه مال الابن الى الاب بلام الملك فكان ماله كماله وكذا هو كسب كسبه فكان
ككسبه فكانت نفقته فيه الثالث الطلب والخصومة بين يدي القاضي في احد
نوعي النفقة وهي نفقة غير الاولاد فلا تجب بدونه لانها لا تجب بدون قضا القاضي
والقضا لا بد له من الطلب والخصومة بين يدي القاضي واما الذي يرجع الى المنفق
خاصة فيساره في قرابة غير الاولاد من الرحم المحرم فلا تجب على غير الموسر في هذه
القرابة نفقة وان كان قادرا على الكسب لان وجوبها من طريق الصلة والصلات
تجب على الاغنيا لا على الفقرا واذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه
في قرابة ذوي الارحام فلا بد من معرفة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه
النفقة روى عن ابي يوسف انه اعتبر فيه نصاب الزكاة فان ابن سماعة قال
في نوادره سمعت ابا يوسف قال لا اجبر على نفقة ذي الرحم المحرم من لم يكن معه
ما يجب فيه الزكاة ولو كان معه ما يبقى درهم الا درهما وليس له عيال وله اخت
محتاجة لا اجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهما
وروى هشام عن محمد انه قال اذا كان له نفقة شهر له ولعياله اجبره على
نفقة ذوي الرحم المحرم قال محمد واما من ليس له شي وهو يكتسب كل يوم
درهما يكتفي منه باربع دوانيق فانه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع به وينفق
فضله على من يجبر على نفقته وجه رواية هشام عن محمد ان من كان عنده
كفاية شهر فما زاد عليها فهو غني عنه في الحال والشهر يتسع للاكتساب
فكان عليه صرف الزيادة الى اقاربه وجه قول ابي يوسف ان نفقة ذي الرحم صلة
والصلات انما تجب على الاغنيا كالصدقة وحد الغنا في الشريعة ما يجب فيه
الزكاة وما قاله محمد اوفق وهو انه اذا كان له كسب دايم وهو غير محتاج
الى جميعه فما زاد على الكفاية يجب صرفه الى اقاربه كفضل ماله اذا كان له مال
ولا يعتبر النصاب لان النصاب انما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية
والنفقة حق العبد فلا معنى لاعتبار النصاب فيها وانما يعتبر فيها امكان
الادا ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذي الرحم المحرم منه نفقة فقال
انا فقير وادعى انه هو غني قادر فالقول قول المطلوب لان الاصل هو الفقر
والغنا عارض وكان الظاهر شاهدا له فمحمد يحتاج الى الفرق بينه وبين
نفقة الزوجات والفرق له ان الاقدام على النكاح دليل القدرة فبطلت شهادة
الظاهر واما في قرابة الولاد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره
لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه نفقة اولاده

الصغار والكبار الذكور الزمنى الفقرا والاناث الفقيرات وان كن صحيحات وان
كان معسرا بعد ان كان قادرا على الكسب لان الانفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم
عن الكسب احيا وهم احيا نفسه لقيام الجزية والبعضية واحيا نفسه واجب
وان كان لهم جد موسر لم تفرض النفقة على الجد ولكن يومر الجد بالانفاق
عليهم ثم يرجع على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد عند وجود الاب اذا كان
الاب قادرا على الكسب الا ترى انه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة اولاده
اولى فان لم يكن الاب قادرا على الكسب بان كان زمنا قضي بنفقتهم على الجد
لان عليه نفقة ابيهم فكذا نفقتهم ويروى عن ابي يوسف انه قال في صغير له
والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل ابيه دون قرابته
من قبل امه كل من اجبرته على نفقة الاب اجبرته على نفقة الغلام اذا كان
الاب زمنا لان الاب اذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة
ولده لانه جزوه قال فان لم يكن له قرابة من جهة ابيه قضيت بالنفقة
على ابيه وامرت الخال ان ينفق عليه ويكون ذلك دينا على ابيه ووجه
الفرق بين قرابة الاب وقرابة الام ان قرابة الاب تجب عليهم نفقة الاب
اذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا تجب عليهم نفقة
الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يشاركه احد في نفقة ولده وان كان المنفق
هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فان كان فيه فضل عن قوته
يجبر على الانفاق على الاب من الفضل لانه قادر على احيا به من غير خلل يرجع اليه
وان كان لا يفضل من كسبه شي يومر فيما بينه وبين الله تعالى ان يواسي اباه اذ
لا يحسن ان يترك اباه ضايعا جايعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر
على ان ينفق عليه ويفرض عليه النفقة اذا طلب الاب الفرض او يدخله
عليه في النفقة اذا طلب الاب ذلك قال عامة الفقها لا يجبر وقال بعضهم
يجبر عليه واحتجوا بما روي عن محمد عمر رضي الله عنه انه قال لو اصابت
الناس السنة لادخلت على كل بيت مثلهم فان الناس لن يهلكوا على انصاف
بطونهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفي الاثنين وجه قول
العامة ان الجبر على الانفاق والاشتراك في نفقة الولد المعسر يودي الى
اعجازه عن الكسب لان الكسب لا يقوم الا بكمال القوة وكمال القوة بكمال الغذا فلو
جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعا وذكر في
الكتاب ارايت لو كان الابن ياكل من طعام رجل غني يعطيه كل يوم رغيفا

واجباؤهم

اعلم

او

او رغيفين يومر الابن ان يعطي احدهما اباه هذا لا يومر به ولو قال الاب
للقاضي ان ابني هذا يقدر ان يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق علي لكنه
يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقي ينظر القاضي في ذلك فان كان
الاب صادقا في مقالته امر الابن بان يكتسب فينفق على ابيه وان لم يكن
صادقا وعلم انه غير قادر على اكتساب زيادة تركه هذا اذا كان الولد
واحدا فان كان له اولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شي ينفق
على ابيه فطلب الاب من القاضي ان يدخله في النفقة على عياله يدخله
القاضي ها هنا لان ادخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللا بينا
بخلاف الواحد على الواحد هذا اذا لم يكن الاب عاجزا عن الكسب فاما اذا
كان عاجزا عنه بان كان زمنا يشارك الابن في قوته ويدخل عليه فياكل
معه وان لم يكن له عيال لانه ليس في المشاركة خوف الهلاك وفي ترك
المشاركة خوف هلاك الاب فتجب المشاركة وكذلك الام اذا كانت فقيرة
تدخل على ابنها فتاكل معه لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله اعلم
واما الذي يرجع اليهما جميعا فنوعان احدهما اتحاد الدين في غير قرابة
الولاد من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة
فاما في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط فيجب على المسلم نفقة
اباه وامهاته من اهل الذمة ويجب على الذمي نفقة اولاده الصغار الذي
اعطي لهم حكم الاسلام باسلام امهم ونفقة اولاده الكبار المسلمين الذين هم
من اهل استحقاق النفقة على ما ذكرنا ووجه الفرق من وجهين احدهما
ان وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة الرحم غير الوالدين
مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدي بقتل اخيه الحربي ولا يجوز له
ان يبتدي بقتل ابيه الحربي وقد قال الله تعالى في الوالدين الكافرين وصاحبهما
في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير الوالدين والثاني ان وجوب النفقة
في قرابة الولاد لحق الولادة لما ذكرنا ان الولاد يوجب الجزئية والبعضية
بين الوالد والولد وذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق
به والوجوب في غيرها من الرحم المحرم لحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف
الدين فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان احدهما ذمي والاخر مسلم فنفقته
عليهما على السوا لما ذكرنا ان نفقة الولاد لا تختلف باختلاف الدين والثاني
اتحاد الدار في غير قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين الذمي

نعم

ادخال

ويجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين م

الذي في دار الاسلام وبين الحربي في دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين
الذمي والمستامن في دار الاسلام لان الحربي وان كان مستامنا في دار الاسلام
فهو من اهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام لحوايج يقضيها ثم يعود الا
نري ان الامام يمكنه من الرجوع الي دار الحرب ولا يمكنه من اطالة الاقامة
في دار الاسلام فاختلف الداران ولذا لا نفقة بين المسلم الذي في دار الاسلام
وبين الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا وهذا ليس بشرط
في قرابة الولاد ووجه الفرق بينهما علي نحو ما ذكرنا من الوجهين احدهما
ان الوجوب في هذه القرابة لحق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف
الدارين وتجب في قرابة الولاد والثاني ان الوجوب هاهنا لحق الوراثة ولا
وراثة عند اختلاف الدارين واما الذي يرجع الي غيرهما فقضا
القاضي في احد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب
هذه النفقة من غير قضا القاضي ولا يشترط ذلك في نفقة الولاد حتي تجب
من غير قضا كما تجب نفقة الزوجات ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب
بطريق احيا المنفق عليه من دفع الهلاك لتحقق معني الجزيية والبعضية بين
المنفق والمنفق عليه وتجب علي الانسان احيا نفسه بدفع الهلاك عن
نفسه لا يقف وجوبه علي قضا القاضي وعلي هذا نفقة الزوجات
لان لها شبها بالاعواض فمن حيث هي صلة لم تصر دينا من غير قضا ولا رضي
ومن حيث هي عوض تجب من غير قضا عملا بالشبهين وعلي هذا يخرج ما
اذا كان الرجل غايبا وله مال حاضر ان القاضي لا يامر احدا بالنفقة من ماله
الا الابوين الفقيرين واولاده الصغار الفقرا الذكور والاناث والكبار
الذكور الفقرا العاجزون عن الكسب والاناث الفقيرات والزوجة لانه
لا حق لاحد في ماله الا هولا الا تري انه ليس لغيرهم ان يمد يده الي ماله فيا
وان كان فقيرا محتاجا ولهم ذلك فكان الامر من القاضي بالانفاق من ماله لغيرهم
قضا علي الغايب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضا بل يكون لهم اعانة
ثم ان كان المال حاضرا عند هولا وكان النسب معروفا ان علم القاضي بذلك
امرهم بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضا القاضي فكان الامر
من القاضي بالانفاق اعانة لا قضا وان لم يعلم بالنسب فطلب بعضهم ان
يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا يسمع منهم البينة لانه يكون قضا
علي الغايب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وكذلك ان كان من ماله وديعة

عند

عند انسان وهو مقر بها امرهم القاضي بالانفاق منها وكذا اذا كان له
دين علي انسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد او المديون اليهم
بغير اذن القاضي يضمن واذا دفع باذنه لا يضمن وكذا لا يامر الجد وولد
الولد حال وجود الاب والولد لانها حال وجودهما بمنزلة ذوي الارحام
ويامرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام الاب عند عدمه وولد الولد
يقوم مقام الولد عند عدمه وان كان صاحب اليد او المديون منكرا فارادوا
ان يقيموا البينة لم يلتفت القاضي الي ذلك لما ذكرنا فان انفق الاب من
مال ابنه ثم حضر الابن فقال الابن كنت موسرا وقال الاب كنت
معسرا ينظر الي حال الاب وقت الخصومة فان كان معسرا فالقول
قوله وان كان موسرا فالقول قول الابن لان الظاهر استدامة حال
اليسار والاعسار والتغير خلاف الظاهر فيحكم الحال حكما فيحكم
وصار هذا كالاجير مع المستاجر اذا اختلفا في جريان الما
وانقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا كذا هذا فان اقاما البينة فالبينة
بينة الابن لانها تثبت امرا زايدا وهو الغنا هذا اذا كان المال من جنس
النفقة من الدراهم والدنانير والطعام ونحوها فان كان من غير جنسها
فالقاضي لا يبيع علي الغايب العقار لاجل القضا بالانفاق وكذا الاب الا اذا
كان الولد صغيرا فيبيع العقار واما العروض فهل يبيعها القاضي فالامر
فيه علي ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وهل يبيعها الاب قال ابو حنيفة
يبيع مقدار ما يحتاج اليه لا الزيادة علي ذلك وهذا استحسان وقال
ابو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير
والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون مال الابوين وجه قولهما وهو
القياس انه لا ولاية للاب علي الولد الكبير فكان هو وغيره من الاقارب
سوا ولهذا لا يبيع العقار كذا العروض ولابي حنيفة رحمه الله ان في
بيع العروض نظرا للولد الغايب لان العروض من ما يخاف عليه الهلاك
فكان البيع حفظا لها والاب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك
بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الي حفظه بالبيع فبقي بيعه
تصرفا علي الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع اضاف مال الولد الي الوالد وسماه
كسبا له فلان لم يظهر ذلك في حق الملك فلا اقل من ان يظهر في ولاية بيع
عوضه عند الحاجة والله اعلم فصل واما مقدار الواجب من هذه

النفقة فنفقة الاقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لانها تجب للحاجة
فتتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه الماكل
والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا لان وجوبها للكفاية
والكفاية تتعلق بهذه الاشيا فان كان للمنفق عليه خادم يحتاج الي خدمته
يفرض له ايضا لان ذلك من جملة الكفاية فصل واما بيان كيفية
وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير دينا في الذمة بفرض القاضي
او بالتراضي حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم ياخذ
ليس له ان يطالبه بها بل تسقط وفي نفقة الزوجات للمراة ولاية المطالبة
لما مضى من النفقة في مدة الفرض وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة
الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين في اشيا منها ما وصفناه ان
نفقة الزوجة تصير دينا بالقضا او بالرضا ونفقة الاقارب لا تصير دينا
اصلا وراسا ومنها ان نفقة الاقارب او كسوتهم اذا هلكت قبل مضي مدة
الفرض تجب نفقة اخرى وكسوة اخرى وفي نفقات الزوجات لا تجب
ومنها ان نفقة الاقارب او كسوتهم اذا بقيت بعد مضي المدة لا تجب اخرى
وفي نفقة الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجملة في نفقة الزوجات
ومنها انه اذا عجل نفقة مدة في الاقارب فمات المنفق او المنفق عليه
قبل تمام المدة لا يسترد شي منها بلا خلاف وفي نفقة الزوجات خلاف
محمد ويحبس في نفقة الاقارب كما يحبس في نفقة الزوجات اما
غير الاب فلا شك فيه واما الاب فيحبس في نفقة الولد ولا يحبس في
ساير ديونه لان الايذا بالاب حرام في الاصل وفي الحبس ايذاوه الا ان في
النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد اذ لو لم ينفق عليه
لهلك فكان هو بالامتناع من الانفاق عليه كالقاصد اهلاكه فدفع قصده
بالحبس ويحمل هذا القدر من الايذا لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد
في ساير الديون ولان هاهنا ضرورة اخرى وهي ضرورة استدراك هذا
الحق اعني النفقة لانها تسقط بمضي الزمان فتقع الحاجة الى الاستدراك
بالحبس لان الحبس يحمله على الادا فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس يفوت
حقه راسا فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن
الفوات وهذا المعنى لم يوجد في ساير الديون لانها لا تفوت بمضي الزمان
فلا ضرورة الى التدارك بالحبس ولهذا قال اصحابنا ان الممتنع من القسم يضرب

اصلا سوا فرضها القاضي ام لا بخلاف نفقة الزوجات فانها تصير دينا في الذمة ص

لا تجب اخرى للمعسر ونفقة الزوجات او كسوتهن تجب للمعسر والموسر ومنها ان نفقة الاقارب او كسوتهم ص

ولا يحبس بخلاف ساير الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه
يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف ساير الحقوق وكذا
الجد اب الاب وان علا لانه يقوم مقام الاب عند عدمه فصل
واما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي
الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب
فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لما ذكرنا
ان هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتاكد وجوبها الا بالقبض او ما يقوم
مقامه والله اعلم فصل واما نفقة الرقيق فالكلام في هذا الفصل
في مواضع في بيان وجوب هذه النفقة وفي بيان سبب وجوبها وفي بيان
شرط الوجوب وفي بيان قدر الواجب وفي بيان كيفية الوجوب اما الاول
فوجوبها ثابت بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله
تعالى او ما ملكت ايمانكم معطوفا على قوله وبالوالدين احسانا امر بالاحسان
الى المماليك ومطلق الامر يحمل على الوجوب والانفاق عليهم احسان بهم
فكان واجبا ويحتمل ان يكون الامر بالاحسان الى المماليك امرا بتوسيع
النفقة عليهم لان المرء لا يترك اصل النفقة على مملوكه اشفاقا على ملكه وقد
يقتر في الانفاق عليه لكونه مقهورا في يده فامر الله تعالى السادات
بتوسيع النفقة على مماليكهم شكرا لما انعم عليهم حيث جعل من هو جوهرهم
وامثالهم في الخلقة خدما وخولا اذلا تحت ايديهم يستخدمونهم ويستعملونهم
في حوائجهم واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصي
بالمملوك خيرا ويقول اطعموهم مما تاكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم
ما لا يطيقون فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن انس
رضي الله عنه قال كان اخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته
الوفاة الصلاة وما ملكت ايمانكم وجعل صلى الله عليه وسلم يغرغر بها في
صدره وما يقبض بها لسانه وعليه اجماع الامة ان نفقة المملوك
واجبة واما المعقول فهو انه عبد عبد مملوك لا يقدر على شي فلو لم تجعل
نفقته على مولاه لهلك فصل واما سبب وجوبها فالملك لانه يوجب
الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا اذ هو تفسير الملك فاذا كان منفعته
للمالك كانت مونته عليه اذ الخراج بالضمان وعلى هذا ينبني انه لا يجب على
العبد نفقة ولده لعدم الملك لانه ان كانت امه حرة فهو حر وان كانت امة

فهو ملك مولاها فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما في
يده لمولاه فالمولى اجنبي عن هذا الولد فكيف تجب النفقة في مال الغير
لملك الغير وكذا لا تجب على الحر نفقة ولد المملوك بان تزوج حر امة غيره
فولدت ولدا لانه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو اعتق
عبده بطلت نفقته لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم ان كان بالغا
صحيحا فنفقته في كسبه وان كان صغيرا او زمنا قالوا ان نفقته في بيت
المال لانه واحد من المسلمين حر عاجز لا يعرف له غنا قريب وبيت المال
مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط اذا لم يكن معه مال فنفقته
في بيت المال لما قلنا وقالوا في صغير وجد في يد رجل فقال لرجل هذا
عبدك او دعتنيه فجحد قال محمد رحمه الله استحلفه بالله ما استودعته
فان حلف قضيت بنفقته على الذي هو في يده لانه اقر برقه ثم اقر به
لغيره وقد رد الغير اقراره فبقي في يده واليد دليل الملك فتلزمه نفقته
قال محمد رحمه الله وان كان كبيرا لم استحلف المدعا عليه لانه اذا كان
كبيرا كان في يد نفسه فكان دعواه هدرا فعليه نفقته ولو كان المملوك
بين شريكين فنفقته عليهما على قدر ملكيهما وكذلك لو كان في ايديهما
كل واحد منهما يدعي انه له ولا بينة لهما فنفقته عليهما وقالوا في الجارية
المشتركة بين اثنين اتت بولد فادعاه المولييان ان نفقة هذا الولد عليهما — لان كل واحد منهما م
وعلى الولد اذا كبر نفقة كل واحد منهما اب كامل في حقه والله اعلم
فصل واما شرط وجوبها فهو ان يكون الرقيق مملوك المنافع
والمكاسب للمولى فان لم يكن فلا تجب عليه نفقة فتجب على الانسان نفقة
عبد القن والمدبر وام الولد لان اكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة
المكاتب لانه غير مملوك المكاسب لمولاه الا ترى انه احق بكسبه من مولاه
فكان في مكاسبه كالحر فكانت نفقته في كسبه كالحر وكذا معتق البعض
لانه بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد
الموصى برقبته لانسان وبخدمته لاخر نفقته على صاحب الخدمة لا على
صاحب الرقبة لان منفعته لصاحب الخدمة ونفقة عبد الرهن على الراهن لان
ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لان منافعه
تحدث على بعض طرق اصحابنا حتى لم تكن مضمونة على الغاصب فكانت
نفقته عليه ولان رد المغصوب على الغاصب ومونة الرد عليه لكونها من

(هامش: له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية على المستعير لان تلك المنفعة في زمان العارية له اذ الاعارة تمليك المنفعة م)

(هامش: على ملك الغاصب م)

(هامش: والنفقة من ضرورات الرد)

ضرورات الرد لانه لا يمكنه الرد الا باستبقائه ولا يبقى عادة الا بالنفقة
فكانت النفقة على الغاصب والله اعلم فصل واما مقدار الواجب منها
فمقدار الكفاية لان وجوبها للكفاية فتكون مقدار الكفاية كنفقة الاقارب
فصل واما كيفية وجوبها فانها تجب على وجه لا يجبر عليها في ظاهر
الرواية ويفتى فيما بينه وبين الله ان ينفق عليه وروي عن ابي يوسف
انه يجبر عليها لان في تركه جايعا تعذيب الحيوان بلا فايدة وتضييع
المال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله ولانه سفه لخلوه عن
العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلا ووجه ظاهر الرواية ان الجبر على الحق
يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر ولكن يجب
فيما بينه وبين الله تعالى لما قاله ابو يوسف واما نفقة الجمادات كالدور
والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولا يفتى ايضا بالوجوب الا انه اذا كان فيه تضييع
المال فيكره له ذلك والله الموفق للصواب

كتاب الحضانة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الحضانة وفي بيان من له الحضانة
وفي بيان مدة الحضانة وفي بيان مكان الحضانة اما الاول فالحضانة في
اللغة تستعمل في معنيين احدهما جعل الشي في ناحية يقال حضنت الرجل
عن الشي اذا اعتزلته وجعلته في ناحية منه والثاني الضم الى الجنب يقال
حضنته واحتضنته اذا ضممته الى جنبك والحضن الجنب فحضانة
الام ولدها هي ضمها اياه الى جنبها واعتزالها اياه من ابيه ليكون عندها
فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا تجبر الام على الرضاعة الا ان لا
يجد من يرضعه فتجبر عليه وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ان
كانت شريفة لا تجبر وان كانت دنية تجبر والصحيح قول العامة
لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها قيل في بعض وجوه التاويل اي لا تضار
بالزام الارضاع مع كراهتها وقوله تعالى في المطلقات فان ارضعن لكم
فاتوهن اجورهن جعل اجر الرضاع على الاب لا على الام فدل ان الارضاع ليس
على الام وقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي رزق
الوالدات المرضعات فان اريد به المطلقات ففيه انه لا ارضاع على
الام حيث اوجب بدل الارضاع على الاب مع وجود الام وان اريد به
المنكوحات كان المراد منه والله اعلم ايجاب زيادة نفقة على الاب مع
وجود الام لاجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحة من غير ولد ولان

(هامش: من مونات الرد لكونها من ضرورات فكانت م)

(هامش: عند الطلب والخصومة فلا حاجة الى ... ان المملوك اذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضي فان القاضي يامره بالنفقة عليه فان ابى نظر القاضي فكل من يصلح للاجارة يواجره وينفق عليه من اجرته او يبيعه ان كان محلا للبيع كالقن ورأى البيع اصلح ولا يجبر على الانفاق وان لم يصلح للاجارة بان كان صغيرا او جارية ولا محلا للبيع كالمدبر وام الولد يجبر على الانفاق لانه لا يمكن بيعه ولا اجارته وتركه جايعا تضييع للادمي فيجبر المولى على الانفاق عليه والله اعلم اما نفقة البهايم فلا يجبر عليها في ظاهر الرواية م)

(هامش: مع وجودها صح)

(هامش: للام المرضعة م)

بلغ

الارضاع اتفاق على الولد ونفقة الولد تختص بها الوالد لا تشاركه فيها الام
كنفقته بعد الاستغنا لا تجب عليها كذا قيل وهذا في الحكم واما في الفتوى
فتفتي بانها ترضع لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها قيل في بعض وجوه
التاويل اي لا تضار بولدها بان ترمية على الزوج بعد ما عرفها والفها
ولا ترضعه فيتضرر الولد ومتى تضرر الولد تضرر الوالد لانه يتالم قلبه بذلك
وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده اي لا يضار المولود له بسبب
الاضرار بولده كذا قيل في بعض وجوه التاويل ولان النكاح عقد ازدواج
وذلك لاجتماعهما على مصالح النكاح منها ارضاع الولد فتفتي به ولكنها
ان ابت لا تجبر عليه لما قلنا الا اذا كان لا يوجد من ترضعه فحينئذ
تجبر على ارضاعه اذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد وان التمس الاب لولده مرضعا
فارادت الام ان ترضعه بنفسها فهي اولى لانها اشفق عليه ولان في
انتزاع الولد تضررا بالام وانه منهي لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها
قيل في بعض وجوه الاقاويل لا يضارها الزوج بانتزاع الولد منها وهي تريد
امساكه وارضاعه فان ارادت ان تاخذ على ذلك اجرا في صلب النكاح
لم يجز لها ذلك لان الارضاع وان لم يكن مستحقا عليها في الحكم فهو مستحق
في الفتوى ولا يجوز اخذ الاجر على امر مستحق لانه يكون رشوة ولانها
قد استحقت نفقة النكاح واجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين
ولان اجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة
البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها ان تاخذ عوضا عن منفعة
تحصل لها حتى لو استاجرها على ارضاع ولد من غيرها جاز لان ذلك غير
واجب عليها فلا يكون اخذ الاجر على فعل واجب عليها وكذا ليس في
حفظه منفعة تعود اليها لانه لا يجب عليها ان يسكنه معها وكذلك اذا
كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها اخذ الاجرة كما لا يجوز في صلب
النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه واما المبتوتة
ففيها روايتان في رواية لا يجوز لان النكاح قد زال بالابانة فصارت
كالاجنبية واما اذا انقضت عدتها فالتمست اجرة الرضاع وقال
الاب انا اجد من ترضع بغير اجر او باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى
وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ولان في الزام الاب ما تلتمسه الام ضررا
بالاب وقد قال تعالى ولا مولود له بولده اي لا يضار الاب بالزام الزيادة

لها ان تاخذ الاجرة لانها مستحقة للنفقة والسكنى حال قيام العدة فلا يحل لها الاجرة كما لا يحل للزوجة وفي رواية يجوز

على ما تلتمسه الاجنبية كذا ذكر في بعض التاويلات ولكن ترضع عند الام
ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالام والله اعلم **فصل**
واما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت
والاصل فيها النساء لانهن اشفق وارفق واهدى الى تربية الصغار ثم
تصرف الى الرجال لان الرجال على الحماية والصيانة واقامة مصالح
الصغار اقدر ولكل واحد منهما شرط فلا بد من بيان شرط الحضانتين
ووقتهما اما التي للنساء فمن شرطها ان تكون المراة ذات رحم محرم من
الصغير فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمة وبنات الخالة لان
مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم
فيها الاقرب فالاقرب فاحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الام لانه
لا اقرب منها ثم ام الام ثم ام الاب لان الجدتين وان استويتا في القرب لكن
احديهما من قبل الام وهذه الولاية مستفادة من قبل الام فكل من يدلي بقرابة
الام كان اولى لانها تكون اشفق فام الاب اولى ثم الاخوات الاخت لاب
وام ثم الاخت لام ثم الاخت لاب لانها تدلي بقرابتين فتترجح على الاخت لام
بقرابة الاب وتترجح الاخت لام لانها تدلي بقرابة الام فكانت اولى من الاخت
لاب واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في الاخت لاب مع الخالة ايتهما اولى
وروي في كتاب النكاح ان الخالة اولى وهو قول محمد وزفر وروي
عنه في كتاب الطلاق ان الاخت لاب اولى وجه الرواية الاولى ما روي
ان بنت حمزة لما رات عليا رضي الله عنه تمسكت به وقالت ابن عمي فاختصم
فيها علي وجعفر وزيد بن حارثة فقال علي بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها
تحتي وقال زيد بن حارثة بنت اخي اخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله
فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة والدة فقد
سمى الخالة والدة فكانت اولى وجه الرواية الاخرى ان الاخت لاب
بنت الاب والخالة بنت الجد فكانت الاخت لاب اقرب فكانت اولى وبنت
الاخت لاب وام اولى من الخالة لانها من ولد الابوين وكذا بنت الاخت
لام لانها من ولد الام والخالة ولد الجد وكذا بنت الاخت لاب اولى من
الخالة على الرواية الاخيرة لانها من ولد الاب والخالة من ولد الجد
فكانت اولى واما على الرواية الاولى فلا شك ان الخالة تتقدم عليها
لانها تتقدم على امها وهي الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهي ابعد

لان الاخت لاب ام خته

فاختصم فيها علي

من امها اولى وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان الاخ لا حق له في
الحضانة والاخت لها حق فيها فكان ولد الاخت اولى والخالات اولى من
بنات الاخ لان بنت الاخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الام
فكانت الخالة اولى وبنات الاخ اولى من العمات وان كانت كل واحدة
منهما اعني بنت الاخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الاخ اقرب لانها ولد
الاب والعمة ولد الجد فكانت بنت الاخ اقرب فكانت اولى ثم الخالات
اولى من العمات وان تساوين في القرب لان الخالات يدلين بقرابة الام
فكن اشفق واولى الخالات الخالة لاب وام لانها تدلي بقرابتين
ثم الخالة لام لادلائها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم العمات وذكر الحسن
بن زياد في كتاب الطلاق ان ام الاب اولى من الخالة في قول ابي يوسف
وقال زفر الخالة اولى وجه قول زفر قول النبي صلى الله عليه وسلم الخالة
والدة وجه قول ابي يوسف ان ام الاب لها ولاد والولاية في الاصل
تستفاد بالولاد واولى العمات العمة لاب وام لانها تدلي بقرابتين ثم
العمة لام لاتصالها بجهة الام ثم العمة لاب واما بنات العم والخال والعمة
والخالة فلا حق لهن في الحضانة لعدم الرحم المحرم والله اعلم ومنها
ان لا تكون ذات زوج اجنبي من الصغير فلا حق لها في الحضانة واصله
فان كانت م
ما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة اتت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري
له حواء وثديي له سقاء ويزعم ابوه ان ينزعه مني فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تنكحي وعن سعيد بن المسيب
انه قال طلق عمر رضي الله عنه ام ابنه عاصم فلقيها ومعها الصبي
فنازعها وارتفعا الى ابي بكر رضي الله عنه فقضى ابو بكر بعاصم لامه ما لم
يشب او تتزوج وقال ان ريحها وفراشها خير له ما لم يشب او تتزوج
وذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفا والمذلة
من قبل الراب لانه يبغضه لغيرته وينظر اليه نظر المغشي عليه من
الموت ويقتر عليه النفقة ويتضرر به حتى لو تزوجت بذي رحم محرم من
الصبي لا يسقط حقها من الحضانة كالجدة اذا تزوجت بجد الصبي لانه
او الام تزوجت بعم الصبي صح
لا يلحقه الجفا منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة
ولو ماتت عنها زوجها او ابانها عاد حقها في الحضانة لان المانع قد زال

فيزول

فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي اولى ممن هي ابعد منها كما كانت ومنها
عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الاسلام بطل حقها في الحضانة لان المرتدة تحبس
الصبي صح
فيتضرر به الولد ولو تابت واسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد
رحمه الله عن النسا اذا اجتمعن ولهن ازواج قال يضعه القاضي حيث شا لانه
لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها ان تكون حرة فلا حق للامة وام الو
لد
في حضانة الولد الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من اهل الولاية فاما
اذا اعتقتا فهما في الحضانة كالحرة لانهما استفادتا الولاية بالعتق واهل الذمة
في هذه الحضانة بمنزلة اهل الاسلام لان هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وانه
لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى
لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر
في الاصل لما قلنا وكان ابو بكر الرازي يقول هي احق بالصغير والصغيرة حتى
يعقلا فاذا عقلا سقط حقها لانها تعودهما اخلاق الكفرة وفيه ضرر
عليهما والله الموفق فصل واما وقت الحضانة التي من قبل النسا فالام
والجدتان احق بالصغير حتى يستغني عنهن فياكل وحده ويشرب وحده
ويلبس وحده وذكر داود بن رشيد عن محمد ويتوضا وحده يريد به
كذا ذكر في ظاهر الرواية م
الاستنجا اي ويستنجي وحده ولم يقدر في ذلك تقديرا وذكر الخصاف سبع
سنين او ثمان سنين او نحو ذلك واما الجارية فهي احق بها حتى تحيض
كذا ذكر في ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ او تشتهي وانما
اختلف حكم الغلام والجارية لان القياس توقيت الحضانة بالبلوغ في الغلام
والجارية جميعا لانها ضرب ولاية تثبت للام فلا تنتهي الا بالبلوغ كولاية
الاب في المال الا انا تركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة لما روينا ان ابا
بكر رضي الله عنه قضى بعاصم لامه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم
ابن عمر بامه ما لم يشب عاصم او تتزوج امه
ينكر عليه احد فتركنا القياس في الغلام فبقي الحكم في الجارية على اصل القيا
ولان الغلام اذا استغنى يحتاج الى التاديب والتخلق باخلاق الرجال وتحصيل
انواع الفضايل واكتساب اسباب والاب على ذلك اقدر واقوم معانه
العلوم م
لو بقي في يدها لتخلق باخلاق النسا وتعود بشمايلهن وفيه ضرر وهذا
المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الام بل تمس الحاجة الى الترك في يدها
الى وقت البلوغ لحاجتها الى اداب النسا والتخلق باخلاقهن وخدمة البيت
تعلم م
ولا يحصل ذلك الا ان تكون عند الام ثم بعد ما حاضت او بلغت عند الام حد

الشهوة تقع الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها ممن يطمع فيها لكونها لحما
على وضم فلا بد ممن يذب عنها والرجال على ذلك اقدر واما غيرها ولا من
ذوات الرحم المحرم من الاخوات والخالات والعمات اذا كان الصغير عندهن
فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو انها تترك في ايديهن الى ان تاكل وحدها
وتشرب وحدها ثم تسلم الى الاب وانما كان كذلك لانها وان كانت تحتاج — وتلبس وحدها م
بعد الاستغنا الى تعلم اداب النسا لكن في تاديبها استخدامها وولاية الاستخدام
غير ثابتة لغير الامهات من الاخوات والخالات والعمات فتسلمها الى الاب
احترازا عن المعصية واما التي للرجال فاما وقتها فما بعد الاستغنا في — الوقوع فيه م
الغلام الى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية اذا كانت عند الام والجدتين
واذا كانت عند غيرهن فما بعد الاستغنا فيهما جميعا الى وقت البلوغ لما
ذكرنا من المعنى وانما يوقت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير والصغيرة
لان ولاية الصغار والصغاير تزول بالبلوغ غير ان الغلام اذا كان غير مامون عليه — الرجال على م / لكون لا ولاية المال م
فللاب ان يضمه الى نفسه ولا يخلي سبيله لئلا يكتسب شينا عليه وليس
عليه نفقته الا ان يتطوع فاما اذا بلغ عاقلا واجتمع رايه واستغنى عن
الاب وهو مامون عليه فلا حق للاب في امساكه كما ليس له ان يمنعه من ماله
فيخلي سبيله فيذهب حيث شا والجارية ان كانت ثيبا وغير مامونة على
نفسها لا يخلي سبيلها ويضمها الى نفسه وان كانت مامونة على نفسها فلا
حق له فيها ويخلي سبيلها وتترك حيث احبت وان كانت بكرا لا يخلي سبيلها
وان كانت مامونة على نفسها لانها مطمع كل طامع ولم تختبر الرجال فلا يومن
عليها الخداع واما شرطها فمن شرايطها العصوبة فلا تثبت الا للعصبة من
الرجال فيتقدم الاقرب فالاقرب الاب ثم الجد اب الاب وان علا ثم الاخ لاب
وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وام ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وام — وام ثم ابن الاخ لاب م
ثم ابن العم لاب ان كان الصبي غلاما وان كان جارية فلا تسلم اليه لانه ليس
بمحرم لها لانه يجوز له نكاحها فلا يومن عليها فاما الغلام فانه عصبته واحق به
ممن هو ابعد منه ثم عم الاب لاب وام ثم عم الاب لاب ثم عم الجد لاب وام ثم عم
الجد لاب ولو كان ثلاثة اخوة كلهم على درجة واحدة فافضلهم صلاحا
وورعا اولى فان كانوا سوا في ذلك فاكبرهم سنا اولى بالحضانة فان لم يكن للجارية
من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي افضل المواضع لان الولاية في هذه
الحالة اليه فيراعي الاصلح وكل ذكر من قبل النسا لا حق له في الحضانة مثل الاخ لام — فان راه اصلح ضمها اليه والا يضعها عند امراة مسلمة امينة

والخال

والخال واب الام لانعدام العصوبة وقال محمد رحمه الله وان كان للجارية ابن عم
وخال وكلاهما لا باس به في دينه جعلها القاضي عند الخال لانه محرم وابن العم
ليس بمحرم فكان المحرم اولى والاخ من الاب احق من الخال لانه عصبة وهو ايضا
اقرب لانه من اولاد الاب والخال من اولاد الجد وذكر الحسن بن زياد ان الصبي
اذا لم يكن له قرابة من قبل النسا فالعم اولى به من الخال واب الام اولى لانه عصبة
والاخ لاب اولى من العم وكذلك ابن الاخ لانه اقرب فان لم يكن له قرابة من
جهة ابيه من الرجال والنسا فاب الام اولى من الخال والاخ لام لان له ولادا وهو
اشفق ممن لا ولاد له من ذوي الارحام ومنها اذا كان الصغير جارية ان
تكون عصبتها ممن يوتمن عليها فان كان لا يوتمن عليها لفسقه ولخيانته لم يكن له
فيها حق لان في كفالته لها ضررا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر
حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مامونين على نفسها ومالها لا تسلم اليهم وينظر
القاضي من المسلمين امراة ثقة عدلة امينة فيسلمها اليها الى ان تبلغ فتترك
حيث احبت وان كانت بكرا ومنها اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبي الا
ان يكون على دينه كذا ذكر محمد رحمه الله وقال وهذا قول ابي حنيفة وقياسه
لان هذا الحق لا يثبت الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا
في الاخوين اذا كان احدهما مسلما والاخر يهوديا والصبي يهودي ان اليهودي
اولى به لانه عصبته لا المسلم والله الموفق ولا خيار للغلام والجارية اذا
اختلف الابوان فيهما قبل البلوغ عندنا وقال الشافعي يخير الغلام اذا عقل
التخيير واحتج بما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه ان امراة اتت النبي صلى الله عليه
وسلم فقالت ان زوجي يريد ان ينزع ولدي مني وانه قد نفعني وسقاني
من بير ابي عنبة فقال استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال — للغلام م
النبي صلى الله عليه وسلم اختر ايهما شيت فاختار امه فاعطاها اياه ولان في
هذا نظرا للغلام لانه يختار الاشفق ولنا ما روينا ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال للام انت احق به ما لم تتزوجي ولم يخير ولان في تخيير
الصبي ليس بحكمة لانه يختار اللذة الحاضرة لانه لغلبة هواه يميل الى
اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم اداب النفس
ومعالم الدين فيختار شر الابوين وهو الذي يهمله ولا يودبه واما حديث — وسقاني من بير ابي عنبة ومعنى قولها نفعني م
ابي هريرة فالمراد منه التخيير في حق البالغ لانها قالت قد نفعني اي كسب
علي والبالغ هو الذي يقدر على الكسب وقد قيل ان بير ابي عنبة بالمدينة لا

يمكن للصغير الاستقامة منها فدل ان المراد منه التخيير في حق البالغ ونحن به نقول
ان الصبي اذا بلغ يخير والدليل عليه ما روي عن عمارة بن ربيعة المخزومي انه
قال غزا ابي نحو البحرين فقتل فاراد عمي ليذهب بي فخاصمته امي الى علي رضي
الله عنه ومعي لي اخ صغير فخيرني علي رضي الله عنه بينهما فاخترت امي فابى ثلو ثام
عمي ان يرضى فوكزه علي رضي الله عنه بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ
هذا الصبي ايضا خيرته فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ
فصل واما بيان مكان الحضانة فمكان الحضانة مكان الزوجين اذا
كانت الزوجية بينهما قايمة حتى لو اراد الزوج ان يخرج من البلد فاراد اخذ
ولده الصغير ممن له الحضانة من النسا ليس له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا
انها احق بحضانته منه فلا يملك انتزاعه منها لما فيه من ابطال حقها فضلا
عن الاخراج من البلد وان ارادت المراة ان تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره
فللزوج ان يمنعها من الخروج سوا كان معها ولد او لم يكن لان عليها المقام في
بيت زوجها وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه
ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن
الا ان ياتين بفاحشة مبينة واما اذا كانت منقضية العدة فارادت
ان تخرج بولدها من البلد التي هي فيه الى بلد اخر فهذا على اقسام ان ارادت
ان ارادت ان تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل ان تزوج
كوفية بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت اولادا ثم وقعت الفرقة بينهما
وانقضت عدتها فارادت ان تنقل اولادها الى الكوفة فلها ذلك لان المانع
هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرضى وهو
التزوج بها في بلدها لان من تزوج امراة في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه
والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان
راضيا بالتفريق الا ان النكاح ما دام قايما يلزمها اتباع الزوج فاذا زال
فقد زال المانع وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها ان تنقل ولدها
الى بلدها بان تزوج امراة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فارادت ان
تنقل اولادها الى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه اذا لم يقع النكاح في
بلدها لم يوجد دلالة الرضى بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بضرر التفريق فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه صح
ولو ارادت ان تنقل الولد الى بلد ليس ذلك بلدها ولكن وقع النكاح فيه
كما اذا تزوج كوفية بالشام فنقلها الى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فارادت

ان تنقل اولادها الى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد
الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا ببلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد
الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا
بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فلم يكن راضيا بضرر التفريق
فاعتبر في الاصل شرطين احدهما ان تكون البلد الذي تريد ان تنقل اليه
الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه فما لم يوجدا لا يثبت لها ولاية
النقل وروي عن ابي يوسف ان لها ذلك واعتبر مكان العقد فقط
واليه اشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير فقال وانما انظر في هذا الى
عقدة النكاح اين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد
رحمه الله في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا رحمه الله وان اجمل المسلة في الجامع
فقد فسرها في الاصل على الوجه الذي وصفنا والمجمل يحمل على المفسر ويكون
المفسر بيانا للمجمل كالنص المجمل من الكتاب والسنة اذا التحق به التفسير
فانه يصير مفسرا من الاصل كذا هذا والله الموفق هذا اذا كانت المسافة
بين البلدين بعيدة فاما اذا كانت قريبة بحيث يقدر الاب ان يزور الولد
ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كثير ضرر بالنقل
كالنقل الى اطراف البلد واما اهل السواد فالحكم في السواد كالحكم في المصر
في جميع الفصول الا في فصل واحد وبيانه ان النكاح اذا وقع في الرستاق
فارادت المراة ان تنقل الصبي الى قريتها فان كان في اصل النكاح وقع
فيها فلها ذلك كما في المصر لما قلنا في المصر وان كان وقع في غيرها
فليس لها نقله الى قريتها ولا الى القرية التي وقع فيها النكاح اذا كانت
بعيدة لما ذكرنا في المصر وان كانت قريبة على التفسير الذي ذكرنا فلها ذلك
كما في المصر وان كان الاب متوطنا في المصر فارادت نقل الولد الى القرية
فان كان تزوجها فيها وهي قريتها فلها ذلك وان كانت بعيدة عن المصر
لما ذكرنا في المصر وان لم تكن تلك قريتها فان كانت قريبة ووقع
اصل النكاح فيها فلها ذلك كما في المصر وان لم يقع النكاح فيها فليس
لها ذلك وان كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين لان اخلاق
اهل السواد لا يكون مثل اخلاق اهل المصر بل يكون اجفى فيتخلق الصبي
باخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الاب دليل الرضى بهذا الضرر
اذ لم يقع اصل النكاح في القرية والله اعلم وليس للمراة ان تنقل ولدها الى دار

الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد ان يكون زوجها مسلما او ذميا لان في ذلك اضرارا بالصبي لانه يتخلق باخلاق الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك لان الصبي تبع لهما وهما من اهل دار الحرب والله اعلم

كتاب العتاق

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في مواضع في بيان انواع الاعتاق وفي بيان ركن الاعتاق وفي بيان شرايط الركن وفي بيان صفة الاعتاق وفي بيان حكم الاعتاق وفي بيان وقت ثبوت حكمه وفي بيان ما يظهر به الاعتاق اما الاول فالاعتاق في القسمة الاولى ينقسم الى اربعة اقسام واجب ومندوب اليه ومباح ومحظور اما الواجب فالاعتاق في كفارة القتل والظهار واليمين والافطار الا انه في باب القتل والظهار والافطار واجب على التعيين قال الله تعالى في كفارة القتل والظهار فتحرير رقبة وفي كفارة اليمين او تحرير رقبة وانه امر بصيغة المصدر كقوله تعالى فضرب الرقاب وقوله والوالدات يرضعن اولادهن وقوله والمطلقات يتربصن بانفسهن ونحو ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم في كفارة الافطار اعتق رقبة واما المندوب اليه فهو الاعتاق لوجه الله تعالى من غير ايجاب لان الشرع ندب الى ذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما مومن اعتق مومنا في الدنيا اعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار وعن واثلة بن الاسقع قال اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا قد اوجب فقال صلى الله عليه وسلم اعتقوا عنه يعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار وعن ابن ابي نجيح السلمي قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطايف فسمعته يقول من رمى بسهم في سبيل الله فله درجة في الجنة ومن شاب شيبة في الاسلام كانت له نورا يوم القيامة وايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان به وقا كل عظم من عظامه محرزه من النار وايما امراة مسلمة اعتقت امراة مسلمة كان بها وقا كل عظم من عظامها محررها من النار وعن البرا بن عازب رضي الله عنه قال جا اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمني عملا يدخلني الجنة فقال عليه السلام اعتق النسمة وفك الرقبة قال اوليسا واحدا فقال لا عتق النسمة ان تفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين في فكاكها واما المباح فهو الاعتاق من غير نية لوجود معنى الاباحة فيه وهي تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعا واما المحظور

فهو

فهو ان يقول لعبده انت حر لوجه الشيطان ويقع العتق لوجود ركن الاعتاق وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض وينقسم ايضا اقساما اخر نذكرها في مواضعها ان شا الله تعالى والله الموفق

فصل واما ركن الاعتاق فهو اللفظ الذي جعل دلالة على العتق في الجملة او ما يقوم مقام اللفظ فنحتاج الى بيان الالفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة اما مع النية واما بدون النية والى بيان ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق والى بيان ما لا يثبت به العتق من الالفاظ راسا اما الاول فالالفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة ينقسم الى ثلاثة اقسام صريح وملحق بالصريح وكناية اما الصريح فهو اللفظ المشتق من العتق او الحرية او الولا نحو قوله اعتقتك او حررتك او انت عتيق او معتق او انت مولاي لان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السماع فكان صريحا فلا يفتقر الى النية كصريح الطلاق اذ النية لتعيين المحتمل واما لفظ الولا فالمولى وان كان من الالفاظ المشتركة في الاصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقايق بمنزلة اسم العين والقرو وغيرهما فانه يقع على الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم ويقع على ابن العم قال الله تعالى خبرا عن نبيه زكريا عليه السلام واني خفت الموالي من وراي ويقع على المعتق والمعتق لكن ها هنا لا يحتمل معنى الناصر لان المولى لا يستنصر بعبده ولا ابن العم اذا كان العبد معروف النسب ولا المعتق اذ العبد لا يعتق مولاه فتعين المعتق مرادا به والمشترك ببعض الوجوه الذي يحتمله مرادا بدليل معين فكان صريحا في العتق فلا يحتاج الى النية كقوله انت حر او عتيق وكذا اذا ذكر هذه الالفاظ بصيغة الندا بان قال يا حر يا عتيق يا معتق لانه ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعا للعتق والحرية ولا تعتبر المعنى في الموضوع فيثبت العتق من غير نية كقوله انت حر او عتيق او معتق وذكر محمد رحمه الله انه لو كان اسم العبد حرا وعرف بذلك الاسم فقال يا حر لا يعتق لانه اذا كان يسمى بذلك الاسم معروفا به فالندا به يحمل على الاسم العلم لا على الصفة وكذا اذا قال له يا مولاي يعتق عليه عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق من غير نية وجه قوله ان قوله يا مولاي يحتمل التعطف ويحتمل التحقيق فلا يحمل على التحقيق الا بالنية كقوله يا سيدي ويا مالكي ولنا ان ندا العبد باسم المولى لا يراد به تعطف العبد واكرامه عادة وانما يراد به الاعتاق فيحمل

عليه كانه قال له انت مولاي ولو قال له ذلك يعتق عليه كذا هذا بخلاف قوله
يا سيدي ويا مالكي لان هذا قد يذكر على وجه التعظيم والاكرام فلا يثبت به
العتق من غير قرينة وعلل محمد رحمه الله لهذا فقال لانا انما اعتقناه
في قوله يا مولاي لاجل الولا لا لاجل الملك ومعناه ما ذكرنا والله اعلم
ولو قال في شي من هذه الالفاظ من قوله اعتقتك ونحوه عنيت به الخبر
كذبا لا يصدق في القضا لعدوله عن الظاهر لانه يستعمل في انشا العتق
في عرف اللغة والشرع كما يستعمل في الاخبار فان العرب قبل ورود
الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة وفي الحمل على الاخبار حمل على
الكذب وظاهر حال العاقل بخلافه فلا يصدق في القضا كما لو قال لامراته
طلقتك ونوى به الاخبار كذبا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى	لا يصدق في القضاء
ما يحتمله كلامه لانه يحتمل الاخبار وان كان اراد بالخبر خلاف الظاهر
ولو قال عنيت به انه كان حرا فان كان مولدا لا يصدق اصلا لانه كذب
محض وان كان مسبيا لا يصدق قضا لان الظاهر ارادة الانشا من هذه
الالفاظ فلا يصدق في العدول عن الظاهر ويصدق ديانة لان اللفظ يحتمل
الاخبار عن الماضي ولو قال انت حر من عمل كذا او انت حر اليوم من هذا العمل
عتق في القضا لان العتق بالنسبة الى الاعمال والازمان لا يتجزى لاستحالة ان
يعتق اليوم ويرق غدا او يعتق في عمل ويرق في عمل فكان الاعتاق من عمل	ابسرها
دون عمل وفي زمان دون زمان اعتاقا من الاعمال كلها وفي الازمان كلها واذا نوى
به بعض الازمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وكذا اذا
قال انت مولاي وقال عنيت به الموالاة في الدين لا يدين في القضا لانه خلاف
الظاهر اذ هو يستعمل لولا العتق ظاهرا ويصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما
نوى ولو قال ما انت الا حر عتق لان قوله ما انت الا حر اكد من قوله انت
حر لانه اثبات بعد النفي كقولنا لا اله الا الله ولو قال انت حر لوجه الله عتق
لان اللام في قوله لوجه الله لام الغرض فقد نجز الحرية وبين ان غرضه من
التحرير وجه الله تعالى وكذا من قال لعبده انت حر لوجه الشيطان عتق
ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه اعتقه بقوله انت حر وبين غرضه
الفاسد من الاعتاق فلا يقدح في العتق ولو دعا عبده سالما فقال يا سالم
فاجابه مرزوق فقال انت حر ولا نية له عتق الذي اجابه لان قوله انت
حر خطاب والمتكلم اولى بصرف الخطاب اليه من الساكت ولو قال عنيت

سالما عتقا في القضا اما مرزوق فلان الاشارة مصروفة اليه لما قلنا فلا يصدق
في انه ما عناه واما سالم فباقراره واما فيما بينه وبين الله تعالى فانما يعتق الذي
عناه خاصة لان الله تعالى مطلع على سره ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو
عبد اخر له او لغيره عتق سالم لانه لا مخاطب هاهنا الا سالم فينصرف قوله
انت حر اليه والله اعلم واما الذي هو ملحق بالصريح فهو ان يقول لعبده وهبت
لك نفسك او وهبت نفسك منك او بعت نفسك منك ويعتق سوا قبل او لم
يقبل نوى او لم ينو لان الايجاب من الواهب او البايع ازالة الملك من الموهوب
والمبيع وانما الحاجة الى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك
له وهاهنا لا يثبت الملك للعبد في نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فتبقى
الهبة والبيع ازالة الملك عن الرقيق لا الى احد وهذا هو معنى الاعتاق
ولهذا لا يفتقر الى القبول ولا يحتاج الى النية ايضا لان اللفظ صريح في الدلالة
على زوال الملك عن الموهوب والمبيع والاعتاق ازالة الملك وقد قال
ابو حنيفة رحمه الله اذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال اردت
وهبت له عتقه اي لا اعتقه لا يصدق في القضا لان الهبة وضعت لازالة
الملك عن الموهوب وهبة العتق استبقا الملك على الموهوب فقد عدل
عن ظاهر الكلام فلا يصدق في القضا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
لانه نوى ما يحتمله كلامه وروي عن ابي يوسف فيمن قال لعبده انت
مولى فلان او عتيق فلان انه يصدق في القضا لانه اخبر انه معتق
فلان ولا يكون معتق فلان الا ان يكون مملوكه فاعتقه فان قال له	فلان
اعتقك فلان فليس بشي لان قوله اعتقك فلان يحتمل انه اراد به ان
فلانا انشا العتق فيك ولا يكون ذلك الا بعد الملك ويحتمل انه اراد
به انه قال لك في الحال انت حر ولا ملك له فيه فلا يعتق بالشك والله اعلم ومن
هذا القبيل اذا اشترى اباه او امه او ابنه عتق عليه نوى او لم ينو عند
عامة العلما لان شراه جعل اعتاقا شرعا حتى يتادى به الكفارة لو اشتراه
ناويا عن الكفارة في قول اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعي وقال
مالك لا يعتق الا باعتاق مبتدا والاصل ان كل من ملك ذا رحم محرم منه
بالشرا او الصدقة او الوصية او بالارث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق	او بقبول الهبة
ما لم يعتقه وقال الشافعي لا يعتق بالملك الا من له ولاد فاما من لا ولاد له
فلا يعتق الا باعتاق مبتدا اما مالك فانه احتج بما روى ابو داود في سننه

باسناده عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي
ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه حقق الاعتاق عقيب
الشرا ولو كان الشرا نفسه اعتاقا لم يتحقق الاعتاق عقيبه لان اعتاق
المعتق لا يتصور فدل ان شرا القريب ليس باعتاق ولان الشرا اثبات
الملك والاعتاق ازالة الملك وبينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد
اثباتا وازالة ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر وعن ابن عباس قال جا رجل الى النبي صلى الله عليه
وسلم فقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته
وانا اريد ان اعتقه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم قد اعتقه والحديثان
حجة على مالك والشافعي ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم فيعتقه اي
يعتقه بالشرا يحمل على هذا عملا بالاحاديث كلها صيانة لها عن التناقض
واما قوله الشرا اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك فنعم لكن الممتنع اثبا
حكم واحد في زمان واحد بلفظ واحد اما في زمانين فلا لان علل الشرع
في الحقيقة دلايل واعلام على المحكومات الشرعية فيجوز ان يكون لفظ
الشرا السابق علما على اثبات الملك في الزمان الاول وذلك اللفظ بعينه
علما على ثبوت الملك العتق في الزمان الثاني اذ لا تنافي عند اختلاف
الزمان واما الكلام مع الشافعي فمبني على ان القرابة المحرمة للنكاح فيما
سوى الولاد وهي قرابة الاخوة والعمومة والخؤولة حرام القطع عندنا
وعنده لا يحرم قطعها وعلى هذا ينبني وجوب القطع بالسرقة ووجوب
النفقة انه لا يقطع وتجب النفقة عندنا خلافا له ولا خلاف في ان قرابة
الولا حرام القطع ولا خلاف ايضا في ان القرابة التي لا تحرم النكاح كقرابة
بني الاعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بني
الاعمام ونحن نلحقها بقرابة الولاد وجه قوله ان العتق انما يثبت بالقرابة
لكون العتق صلة والقرابة مستدعية للصلة والاحسان الى القريب
والعتق من اعلى الصلات فلا يثبت الا باعلى القرابات وهي قرابة الولاد
لما فيها من الجزئية والبعضية ولم يوجد ذلك في هذه القرابة فلا يلحق
بها بل يلحق بقرابة البعيد وهي قرابة بني الاعمام ولهذا الحق بها في كثير
من الاحكام وهي حرمان القصاص في النفس والطرف وقبول الشهادة
والحبس بالدين وجواز الاستيجار وعدم التكاتب ولنا ان قرابة الولاد

صلى الله عليه وسلم صح
ان الله صح
في حديث ابي هريرة صح
ووضع بلفظ صح
في هذه القرابة صح
ونكاح الحليلة صح

انما اوجب العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وابقا الملك في القريب
يفضي الى قطع الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان فيورث وحشته
وانها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطيعة الرحم وشرع
السبب المفضي الى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعا
للتناقض فلا يبقى الرق ضرورة لانه لم يشرع في المسلم والذمي الا
الملك المحترم للمالك المعصوم واذا زال الرق ثبت العتق ضرورة والقرابة
المحرمة للنكاح محرمة القطع لان النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم
عامة او مطلقة قال الله تعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام معنا
فاتقوا الله الذي تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الارحام فلا تقطعوها
ويحتمل ان يكون معناه فاتقوا الله وصلوا الارحام وقد روي في الاخبار
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا الارحام فانه ابقى لكم في
الدنيا وخير لكم في الاخرة والامر بالوصلة يكون نهيا عن القطع والامر
بالفعل نهي عن ضده وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الرحم
شجنة من الله تعالى معلقة بالعرش تقول يا رب هذا مقام العايذ بك
قطعت ولم اوصل فيقول الله تبارك وتعالى اما يكفيك اني شققت
لك اسما من اسمي انا الرحمن وانت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك
بتته ومثل هذا الوعيد لا يكون الا بارتكاب الحرام فدل ان قطع الرحم
حرام والرحم هو القرابة سميت القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من
الرحمة كما جا في الحديث والقرابة سبب الرحمة والشفقة على القريب طبعا واما
باعتبار ان العضو المخصوص من النسا المسمى بالرحم محل السبب الذي يتعلق
به وجود القرابات وكان كل قرابة او مطلق القرابة محرم القطع بظاهر
النصوص الا ما خص او قيد بدليل ثم تخرج الاحكام اما جريان القصاص
فلا يفضي الى قطع الرحم لان القصاص جزا الفعل وجزا الفعل يضاف الى
الفاعل فكان الاخ القاتل او القاطع هو القاطع للرحم فكانه فعل بنفسه او
قطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لانه جزا المطل الذي هو جنايته
فكانه مضاف اليه واما الاجارة فهي عقد معاوضة وهي تمليك
المنفعة بالمال وانه حصل باختياره فلا يفضي الى قطع الرحم الا انه لا
يجوز استيجار الاب ابنه في الخدمة التي يحتاج اليها الاب لانه يفضي الى قطع
الرحم بل لان ذلك مستحق الابن شرعا فلا يجوز ان يستحق مقابلته فلا بد حل

جل بقاؤه صح
لانه ضده صح
شجنة فرع من شجرة ... اي قرابة مشتبكة كاشتباك العروق ... (marginal gloss, partly illegible)
على الاب صح

في العقد ولو استأجر الابن اباه يصح ولكن يفسخ احترامًا للاب ونحن
نسلم ان للاب زيادة احترام شرعا يظهر في حق هذا وفي حق الحبس
والقصاص ولا كلام فيه واما نكاح الحليلة فانه وان كان فيه نوع غضاضة
لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبر في تحريم القطع فان الجمع بين
الاختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق
اختها وانقضاء عدتها وان كان لا يخلوا عن نوع غضاضة واما التكاتب
فعند ابي يوسف ومحمد يتكاتب الاخ كما في قرابة الولاد وعن ابي حنيفة
فيه روايتان ثم يقول عدم تكاتب الاخ لا يفضي الى قطيعة الرحم لان ملكه
لا يصلح للتكاتب لانه من باب الصلة والتبرع وملك المكاتب ملك
ضروري لا يظهر في حق التبرع والعتق فاذا لم يتكاتب عليه لم يقدر ضروري
الاخ على ازالة الذل عنه وهو الملك فلا يفضي الى الغضاضة بخلاف
الولاد لان ملك المكاتب وان كان ضروريا لم يشرع الا في حق حرية نفسه
لكن حرية ابيه وابنه في معنى حرية نفسه لان المرء يسعى لحرية
اولاده وابائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله اعلم وسوا
كان المالك لذي الرحم المحرم بالغا او صبيا عاقلا او مجنونا يعتق عليه اذا
ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولانه
علق الحكم وهو الحرية بالملك فيقتضي ان كل من كان من اهل الملك كان من
اهل ذلك الحكم والصبي والمجنون من اهل الملك فكانا من اهل هذا الحكم
فان قيل ان الصبي العاقل اذا اشترى اباه يعتق عليه وشرا القريب
اعتاق عند اصحابنا حتى تتادى به الكفارة والصبي وان كان عاقلا اعتاق عند اصحابنا
فليس من اهل العتاق فينبغي ان لا يعتق او لا يكون الشرا قبل ان يكون شرا
القريب عتاقا عرفناه بالنص وهو ما روينا من حديث ابي هريرة رضي
الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على ان الصبي
ليس بمراد لانه ليس من اهل الاعتاق فلا يكون الشرا من الصبي وان كان
عاقلا اعتاقا بل يكون تملكا فقط فيعتق عليه بالملك شرعا لقول النبي
صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر لا بالاعتاق ولو ملك حليلة
ابيه او منكوحة ابيه او امه من الرضاع لا يعتق عليه وكذا اذا ملك ابن
العم او العمة او بنتهما او ابن الخال او الخالة او بنتهما لا يعتق لان شرط العتق ملك
الرحم المحرم فلا بد من وجودهما عن الرحم المحرم وفي الاول وجد المحرم بلا رحم وفي الثاني وجد الرحم بلا محرم

فلا

فلا يثبت العتق واهل الاسلام واهل الذمة في ذلك سوا لاستوائهم في حرمة
قطع الرحم واهلية الاعتاق واهلية الملك ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم
من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وولا العتق لمن عتق عليه لان العتق ان
وقع بالشرا فالشرا اعتاق وقد قال عليه السلام الولا لمن اعتق وان وقع
بالملك فالملك شرعا للمعتق عليه فكان الولا له ولو اشترى امة
وهي حبلى من ابيه والامة لغير الاب جاز الشرا وعتق ما في بطنها ولا تعتق
الامة ولا يجوز بيعها قبل ان تضع وله ان يبيعها اذا وضعت اما جواز الشرا
فلا شك فيه لان شرا الاخ جائز كشرا الاب وساير ذي الرحم المحرم واما
عتق الجنين فلانه اخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الامة عليه لانها
اجنبية عنه لعدم القرابة بينهما يحققه انه لو ملكها ابوه لا تعتق عليه فابنه اولى
واما عدم جواز بيعها ما دام الحمل قائما فلان في بطنها ولدا حرا ولان بيع
الحامل دون الحمل لا يجوز الا ترى انه لو باعها واستثنى الحمل يفسد
البيع فاذا كان الولد حرا والحر لا يكون محلا للبيع فيصير كانه استثنى الولد
فاذا وضعت جاز بيعها لان المانع قد زال واذا ملك شقصا من ذي رحم
محرم منه عتق عليه قدر ما ملك منه في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد وزفر يعتق كله كما اذا اعتق شقصا من عبد له اجنبي لان العتق
يتجزي عنده وعندهم لا يتجزي ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من احدهما
حتى عتق عليه فهذا لا يخلوا اما ان ملكاه بسبب لهما فيه صنع واما
ان ملكاه بسبب لا صنع لهما فيه فان ملكاه بسبب لهما فيه صنع بان
ملكاه بالشرا او بقبول الهبة او الصدقة او الوصية لا يضمن من عتق
عليه لشريكه شيا موسرا كان او معسرا في قول ابي حنيفة ولكن يسعى له
العبد في نصيبه وعند ابي يوسف ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه
ان كان موسرا وعلى هذا الخلاف اذا باع رجل نصف عبد من ذي رحم
محرم من عبده او وهبه له حتى عتق عليه لا يضمن المشتري نصيب البايع
عند ابي حنيفة موسرا كان القريب او معسرا ولكن يسعى العبد في نصف
قيمته للبايع وعندهما يضمن ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى العبد
ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له ان ملكته فهو حر ثم اشتراه الحالف
وغيره صفقة واحدة ذكر الجصاص انه على هذا الخلاف انه لا ضمان
عليه في قول ابي حنيفة وعندهما يضمن وذكر الكرخي انه لا اعرف الرواية

بيان القريب

م فيعتق كله ويضمن صح

في هذه المسئلة واجمعوا على ان العبد اذا كان بين اثنين فباع احدهما نصيبه
من قريب العبد حتى عتق عليه ان المشتري يضمن نصيب الشريك الساكت
ان كان موسرا ولا يضمن البايع شيا والكلام في هذه المسايل بنا على ان الاعتاق يتجزي
عند ابي حنيفة وعندهما لا يتجزي ووجه البنا على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم
يكن متجزيا عندهما وشرا القريب اعتاق فكان شرا نصيبه اعتاقا لنصيبه
واعتاق نصيبه اعتاق نصيب صاحبه كالعبد المشترك بين اثنين اعتقه
احدهما وهو موسر ولما كان متجزيا عنده كان شرا نصيبه اعتاقا
لنصيبه خاصة فلم يكن افسادا لنصيب شريكه ولا تملكا لنصيبه ايضا لان ذلك
ثبت لضرورة تكميل الاعتاق لضرورة عدم التجزي فاذا كان متجزيا
عنده فلا ضرورة الى التكميل فلا حاجة الى التملك والدليل عليه انه لا
يجب الضمان اذا كان معسرا وضمان الاتلاف والتملك لا يسقط بالاعسار
كان ينبغي ان لا يجب الضمان على الشريك المعتق الا انا عرفنا وجوب
الضمان ثمة مخالفا للاصل بالنص نظرا للشريك الساكت وهو مستحق
للنظر اذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة
شرطه وهنا وجد لان كل واحد من المشتريين راض بشرا صاحبه وكيف
لا يكون راضيا به وان شرا كل واحد منهما شرط لصحة شرا صاحبه حتى
لو اوجب البايع لهما فقبل احدهما دون الاخر لم يصح وكذا البايع بنصف
عبد من ذي رحم محرم منه راض بشرايه ومن رضي بالضرر لا ينظر له
فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقي الحكم فيها على الاصل
بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع احدهما نصيبه من ذي رحم محرم
منه لان هناك لم يوجد دليل الرضى من الشريك الساكت بشرا القريب
اصلا حتى يوجب سقوط حقه في الضمان فكان معنى المنصوص عليه
فيلحق به ثم وجه الكلام لابي حنيفة رحمه الله على طريق الابتدا انه وان
سلم له ان شرا نصيبه اعتاق نصيبه وافساد لنصيب شريكه لكن هذا
افساد مرضي به من جهة الشريك لانه رضي بشرا نفسه واثبات الملك
في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شرا صاحبه لان الخلاف فيما اذا اوجب
البايع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وان يكون القبول موافقا للايجاب
اذ البايع ما رضي الا به الا ترى انه لو قال بعتمنكما فقبل احدهما ولم يقبل الاخر
لم يصح البيع فكان الرضا بشرا نفسه رضي بشرا صاحبه فكان شرا القريب

افسادا

افسادا لنصيب الشريك برضى الشريك فلا يوجب الضمان كما اذا كان العبد
مشتركا بين اثنين فقال احدهما لصاحبه اعتق نصيبك او رضيت
باعتاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هنا فان قيل هذه النكتة لا تتمشي
في الهبة فان احدهما اذا قبل الهبة دون الاخر ثبت له الملك فلم يكن الرضى
بقبوله الهبة في نصيبه رضي بقبول صاحبه فلم يكن هذا افسادا مرضيا
به من جهة الشريك وكذا لا يتمشي فيما اذا لم يعلم الشريك الاجنبي ان
شريكه قريب العبد لانه اذا لم يعلم به لم يعلم كون شرا الشريك اعتاقا
لنصيبه فلا يعلم كونه افسادا لنصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالافسا د
لان الرضا بالشي بدون العلم به محال فالجواب ان هذا من باب عكس
العلة لانه اراه الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس ليس
بشرط في العلل الشرعية لجواز ان يكون حكم واحد شرعي علل فنحن
نفينا وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا وننفيه في غيره بعلة
اخرى ثم نقول اما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وان لم يكن قبوله
شرط صحة قبول الاخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول لكنهما اذا
قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شي واحد لانه جواب ايجاب واحد
مثاله المصلي اذا قرا اية واحدة قصيرة او طويلة على الاختلاف
يتعلق بها الجواز ولو قرا عشر ايات او اكثر يتعلق الجواز بالكل و يجعل
الكل كاية واحدة كذا هنا واما فصل العلم فتخريجه على جواب
ظاهر الرواية وهو ان عند ابي حنيفة لا يجب الضمان سوا علم او لم يعلم
وعندهما يجب علم او لم يعلم نص عليه في الجامع الصغير اما على اصلهما
فظاهر لان الضمان عندهما يجب مع العلم فمع الجهل اولى واما على اصل
ابي حنيفة فلان سقوط ضمان الاتلاف عند الاذن والرضى به لا يقف
على العلم فان من قال لرجل كل هذا الطعام والاذن لا يعلم انه طعام نفسه
فاكله الرجل لا يستحق الضمان عليه وان لم يعلم به وهذا لان حقيقة العلم
ليس بشرط في بنا الاحكام عليها بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطر[illegible]
الموصل اليه ويقام ذلك مقام حقيقة العلم ههنا في يده وهو
السوال والفحص عن حقيقة الحال فاذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق
الضمان وروي بشر عن ابي يوسف انه فصل بين العلم والجهل فقال ان
كان الاجنبي يعرف ذلك فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي في قول ابي حنيفة

بق

م كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة وطريق حصول العلم م

وابي يوسف وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شا نقض البيع وان شا تم عليه وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف ووجه هذه الرواية ان الشراء مع شركة الاب
عيب فكان بمنزلة ساير العيوب انه ان علم به المشتري يلزمه البيع ولو لم يعلم به (كما في ساير العيوب)
لم يلزمه مع العيب واذا لم يلزم العقد في حق احد الشريكين لم يلزم في
حق الاخر فلا يعتق ويثبت للمشتري حق الفسخ وذكر في الجامع الصغير
لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى اب العبد النصف الباقي وهو
موسر فالمشتري بالخيار بمنزلة عبد بين شريكين اعتقه احدهما فالمشتري
بالخيار لانه لم يوجد من المشتري الاجنبي ما هو دليل الرضى في سقوط
الضمان عن الاب فلا يسقط وروى عن ابي يوسف انه قال لو ان عبدا اشترى
نفسه هو واجنبي من مولاه فالبيع باطل في حصة الاجنبي لانه اجتمع
العتق والبيع في عقد واحد في زمان واحد لان بيع نفس العبد منه اعتاق
على مال فلا يصح البيع بخلاف الرجلين اشتريا ابن احدهما انه يصح
وان اجتمع الشرا والعتق في عقد واحد لان شرا القريب تملك في الزمان
الاول واعتاق في الزمان الثاني وانه جايز لما بينا وروى عن ابي يوسف
انه اذا قال ان ملكت من هذا العبد شيئا فهو حر ثم اشتراه الحالف وابوه صفقة
واحدة عتق على الاب وهذا على اصله لان العتق عنده لا يتجزى وقد اجتمع
للعتق سببان القرابة واليمين الا ان القرابة سابقة على اليمين فاذا
ملكاه صار كان عتق الاب اسبق فعتق النصيبان عليه ولهذا قال في رجل قال
ان اشتريت فلانا او بعضه فهو حر فادعى رجل اخر انه ابنه ثم اشترياه عتق
عليهما نصف ولابيه للذي اعتقه وهو ابن الذي ادعاه لان النسب ها هنا
لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولاوه بينهما لانه عتق
عليهما والولا للمعتق وان ملك اثنان ذا رحم محرم منه (احدهما) بسبب لا صنع لهما
فيه بان ورثا عبدا وهو قريب احدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه
موسرا كان او معسرا ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه في قولهم
جميعا لان العتق ها هنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق من جهة احد من
العباد اذ لا صنع لاحد من العباد في الارث ووجوب الضمان على المرء
يعتمد صنعا من جهته ولم يوجد من القريب فلا يضمن والله الموفق
ومن هذا القبيل الفاظ النسب وذكرها لا يخلو اما ان يكون على وجه الصفة
واما ان يكون على وجه الندا فان ذكرها على طريق الصفة بان قال لمملوكه هذا
ابني

ابني فلا يخلو اما ان كان يصلح ابنا له بان كان مثله يولد لمثله واما ان كان
لا يصلح ولا يخلو اما ان كان مجهول النسب او معروف النسب من الغير
فان كان لا يصلح ابنا له فان كان مجهول النسب ثبت النسب والعتق
بالاجماع وان كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن
يثبت العتق عندنا وعند الشافعي لا يثبت العتق والاصل عنده ان
العتق بنا على النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وان كان لا
يصلح ابنا له لا يثبت النسب بلا شك وهل يعتق قال ابو حنيفة يعتق سوا
كان مجهول النسب او معروف النسب وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق
والاصل عندهما ان العتق مبني على تصور النسب واحتمال ثبوته فان تصور
ثبوته ثبت العتق والا فلا والاصل عند ابي حنيفة ان ثبوت العتق لا
يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته ولكن لو قال للمملوكة
هذه بنتي فهو على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا
في الابن وجه قولهما ان العتق لو ثبت لا يخلو اما ان ثبت ابتدا او
بنا على ثبوت النسب لا وجه للاول لانه لم يوجد الاعتاق ابتدا ولا
سبيل الى الثاني اما عند الشافعي فلان النسب لم يثبت في المسلتين
جميعا فلا يثبت العتق بنا عليه واما عندهما فلان في المسلة الثانية
لا يتصور ثبوت النسب فلا يثبت العتق وفي المسلة الاولى يتصور
ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاشتهار من غيره بنا على النسب
الظاهر فيعتق ولابي حنيفة ان كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة
والسداد ما امكن لاعتبار عقله ودينه دلالة وامكن تصحيح هذا
الكلام من وجهين الكناية والمجاز اما الكناية فلوجود طريق الكناية
في اللغة وهي الملازمة بين الشيين او المجاورة غالبا على وجه يكون بينهما (بينهما)
تعلق الوجود به او غيره او تعلق البقا وتكون الكناية كالتابع للمكني (والمكني)
هو المقصود فيترك اسم الاصل صريحا ويكنى عنه باسم اللازم اياه
التابع له كقوله تعالى او جا احد منكم من الغايط والغايط اسم للمكان
الخالي المطمين من الارض كني به عن الحدث للملازمة بين هذا المكان (بين)
والحدث عادة اذ العادة ان الحدث يوجد في مثل هذا المكان تسترا
عن الناس وكذا الاستنجا والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث
اذ الاستنجا طلب النجوة والاستجمار تطهير موضع طلب الجمرة وكذا العذ

يقول مازلنا نطا السماحتي اتيناكم اي نطا المطر اذ المطر ينزل من السما
ونحو ذلك من مواضع الاستعمال والبنوة في الملك تلازمها الحرية فجاز
ان يكني بقوله هذا ابني عن قوله هذا معتقي فلئن اذا كني به واما المجاز فلان
من طرقه المشابهة بين الذاتين في المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة
فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاظهار المعنى الذي هو ظاهر
في المستعار عنه خفي في المستعار له كما في الاسد مع الشجاع والحمار مع
البليد وقد وجد هذا الطريق هاهنا من وجهين احدهما ان الابن
في اللغة اسم للمخلوق من ما الذكر والانثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو
كونه منعما عليه من جهة الاب بالاحيا لانه سبب وجوده وبقايه
بالتربية والمعتق منعم عليه من جهة المعتق اذ الاعتاق انعام على
المعتق قال الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه
قيل في التفسير انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالعتق وكان بينهما
مشابهة في هذا المعنى وانه معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق اسم الابن
على المعتق مجازا لاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الاسد على الشجاع
والحمار على البليد والثاني ان بين معتق الرجل وبين ابنه الداخل
في ملكه مشابهة في معنى الحرية وهو معنى لازم للابن الداخل في
ملكه بحيث لا ينفك عنه وانه مشهور فوجد طريق الاستعارة
فصحت الاستعارة فقد خرج الجواب عن قولهم ان العتق اما ان ثبت ابتدا
على ما بينا ولا يلزم على ابي حنيفة ما اذا قال لامراته هذه ابنتي ومثله
لا يلد مثلها انه لا تقع الفرقة بينهما الا ان اقراره بكونها بنتا له نفي النكاح
لاجل النسب وهاهنا لم يثبت النسب فلا ينتفي النكاح واما ثبوت
العتق فليس يتوقف على ثبوت النسب والدليل على التفرقة بين المسلتين
انه لو قال لامراته وهي معروفة النسب من الغير هذه بنتي لم تقع
الفرقة ولو قال لامته وهي معروفة النسب هذه بنتي تعتق وما
افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتي وهي تصلح بنتا له ثم قال
اوهمت او اخطات لا تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتي ثم قال اوهمت
او اخطات يقع العتق فدل على التفرقة بينهما وكذلك لو قال لهذا ابني فان
كان يصلح ابا له وليس للقايل اب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف
وان كان لا يصلح ابا او لكن للقايل اب معروف لا يثبت النسب ويعتق عندنا

خلافا

وذكر الصريح والكناية سواء ولو صرح فقال هذا معتقي عتق م

وبنا على النسب لانا نقول ابتدا لكن باحد الطريقين وهو الكناية او المجاز صح

وهي تصلح بنتا له م

لم

خلافا للشافعي وان كان لا يصلح ابا له لا يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق
عند ابي حنيفة وعندهما لا يعتق وكذلك لو قال لم هذه امي فالكلام فيه
كالكلام في الاب واما الكلام في الحرية فان كان المملوك امة ففي كل موضع يثبت النسب
تثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه ابنتي او قال لامته هذا ابني
اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكه
هذا عمي او خالي يعتق بلا خلاف بين اصحابنا ولو قال هذا اخي او اختي
ذكر في الاصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابني او ابي او عمي او خالي وروي
الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق كما في قوله عمي او خالي وجه هذه الرواية
انه وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه فيعتق عليه كما لو قال
هذا عمي او خالي وجه رواية الاصل ان قوله هذا اخي محتمل يحتمل تحقيق
العتق ويحتمل الاكرام او التحقيق به لانه يستعمل في ذلك عرفا وشرعا
قال الله تعالى فان لم تعلموا اباهم فاخوانكم في الدين ومواليكم فلا يحمل
على المعنى العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والعم لانه لا يستعمل في
الاكرام عرفا وعادة لا يقال هذا خالي او عمي وكان ذكره للتحقيق وعلا
قوله هذا ابني وهذا ابي لانه لا يستعمل في الاكرام عرفا وشرعا وقد منع
الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل ادعياكم ابناكم وقال ادعوهم
لابايهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا اباهم فاخوانكم في الدين ومواليكم وروي
انهم يسمون زيد بن حارثة زيد بن محمد فنزل قوله تعالى ما كان محمد
ابا احد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك
واما النداء فهو ان يقول يا ابني يا ابي يا بنتي يا امي يا خالي يا عمي يا اخي
يا اختي على رواية الحسن ولا يعتق في هذه الفصول لان الغرض
بذكر النداء هو استحضار المنادي لا تحقيق معنى الاسم فيه الا اذا كان
الاسم موضوعا له على ما بينا فاحتمل انه اراد به النداء على طريق الاكرام دون
تحقيق العتق فلا يحمل على العتق من غير نية ولو قال لعبده يا ابن او لامته
يا بنة لا يعتق لعدم الاضافة الى نفسه ولو قال يا بني او يا بنية يعتق لوجود
الاضافة واما الكناية فنحو قوله لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة
اي ليس عليك سبيل اللوم والعقوبة لو فاتك بالخدمة والطاعة ويحتمل
لا سبيل لي عليك لاني كاتبتك فانت بدي عنك ويحتمل لا سبيل لي عليك
لاني اعتقتك فلا يحمل على العتق الا بالنية ويصدق اذا قال عنيت به غير

واحتقر وتحقق اي بالغ في اكرام

على ارادة الاكرام م

واذا لم يكن مستعملا في الاكرام كان نحو حمل على التحقيق

او لا ملك لي عليك او خليت سبيلك او خرجت عن ملكي فان نوى العتق يعتق والا فلا لان كل واحد من هذه الالفاظ يحتمل العتق ويحتمل غيره فان

العتق الا اذا قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولا فانه يعتق في القضا ولا يصدق
انه اراد به غير العتق لانه نفي كل سبيل واثبت سبيل الولا والطلاق
الولا يراد به ولا العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق ولو قال الا سبيل
الموالاة دين في القضا لان مطلق الموالاة يراد بها الموالاة في الدين ويستعمل
في ولا الدين وولا العتق فاي ذلك نوى يصدق في القضا وقوله لا ملك
لي عليك يحتمل ملك اليد اي كاتبتك فزالت يدي عنك ويحتمل لا ملك لي عليك
لاني بعتك ويحتمل لا ملك لي عليك لاني اعتقتك فيقف على النية وقوله
خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام اي لا استخدمك ويحتمل اعتقتك
ولو قال له امرك بيدك او قال له اختر العتق او خيرتك في عتقك او في
العتق لا يحتاج في ذلك كله الى النية لانه صريح لكن لا بد من اختيار العبد
العتق ويقف على المجلس لانه تمليك وقوله خرجت عن ملكي يحتمل
ملك التصرف فيكون بمعنى كاتبتك ويحتمل اعتقتك ولو قال لمملوكه
نسبك حر او اصلك حر فان كان يعلم انه سبي لا يعتق وان لم يكن سبي يعتق
لان الاصل ان حرية الابوين تقتضي حرية الولد لان المتولد من الحرين يكون
حرا الا ان حرية المسبي بطلت بالسبي فبقي الحكم في غير المسبي على الاصل
ولو قال لعبده انت لله لم يعتق في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ان نوى العتق يعتق وجه قوله ان قوله لله يحتمل ان يكون بيان جهة القربة
للاعتاق المحذوف فاذا نوى العتق يعتق كما لو قال انت حر لوجه الله
ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق
لانه اثبات العتق ولم يوجد لان كونه لله كان ثابتا قبل الاعتاق فلم يكن
ذلك اعتاقا ولو قال له انت عبد الله لم يعتق بلا خلاف اما على قول ابي حنيفة
فظاهر لما ذكرنا ان الاعتاق انشا الاعتاق فيقتضي ان لا يكون ثابتا قبله
وكونه عبد الله صفة ثابتة له قبل هذه المقالة واما على قول ابي يوسف
فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القربة الاعتاق وقوله لله
يحتمل ذلك وروي عن ابي يوسف انه اذا قال لعبده قد جعلتك لله في صحته
او في مرضه وقال لم انو العتق او لم يقل شيا حتى مات قبل ان يبين لا يعتق
وان نوى العتق عتق وكذلك اذا قال هذا في مرضه ومات قبل ان يبين
فهو عبد ايضا لانه يحتمل انه اراد بهذا اللفظ النذر ويحتمل انه اراد به
الاعتاق فلا يعتق الا بالنية ولا يلزم الورثة بعد الموت عندنا وروى عن

ابي يوسف انه قال اذا قال لامته اطلقتك يريد به العتق تعتق لان
الاطلاق ازالة اليد والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق وبغير العتق
الكتابة فاذا نوى العتق تعتق كما اذا قال خليت سبيلك ولو قال
طلقتك يريد العتق لا تعتق عندنا لما نذكر ولو قال فرجك علي حرام
يريد العتق لم تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كما لو اشترى اخته
من الرضاع او جارية قد وطي امها او ابنتها او جارية مجوسية انها لا تعتق
وروى عن ابي يوسف انه قال اذا قال لعبده ا ن ت ح ر او قال
لزوجته ا ن ت ط ا ل ق فتهجا ذلك تهجيا ان نوى العتق والطلاق
وقع لانه يفهم من هذه الحروف عند انفرادها ما يفهم منها عند
التركيب والتاليف الا انها ليست بصريحة في الدلالة على المعنى لانها عند
الانفراد لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية
واما ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة
لانها في الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ الا ان فيها ضرب استتار وابهام لان
الانسان قد يكتب ذلك لارادة العتق وقد يكتب لتجويد الخط فالتحق
بسائر المكتوبات فافتقر الى النية والكلام في هذا كالكلام في الطلاق
وكذلك الاشارة من الاخرس اذا كانت معلمة مفهمة المراد لانها في
الدلالة على المراد في حقه كالعبارة كما في الطلاق والاصل في قيام الاشارة
مقام العبارة قوله تعالى خطابا لمريم رضي الله عنها فقولي اني نذرت للرحمن
صوما اي صمتا وامساكا وذلك على الاشارة لا على القول فيها وقد سماها
قولا فدل على انها تعمل عمل القول واما الالفاظ التي لا يقع بها العتق
اصلا نوى او لم ينو فنحو ان يقول لعبده قم او اقعد او اسقني ونوى
به العتق لان هذه الالفاظ لا تحتمل العتق فلا يصح فيها نية العتق وكذا
لو قال لا سلطان لي عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشيئة على وجه
القهر فانتفاؤها لا يقتضي انتفاء الرق كالمكاتب فلا يقتضي العتق
بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لانه نفي السبل كلها ولا ينتفي السبل عليه
مع قيام الرق الا ترى ان للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة
وكذا السلطان يحتمل الحجة ايضا فقوله لا سلطان لي عليك لا حجة لي
عليك وانتفا حجته على عبده لا يوجب حريته وكذا لو قال لعبده حيث
شئت من بلاد الله يريد به العتق او قال له انت طالق او طلقتك او باين

او ابنتك او قال لامته انت طالق او طلقتك او انت باين او ابنتك او انت
علي حرام او حرمتك او انت خلية او برية او بتة او اذهبي او اعزبي او اخرجي
او تقنعي او استبري ينوي به العتق او اختاري فاختارت وغير ذلك مما ذكرنا
في الطلاق وهذا عندنا وعند الشافعي يقع العتق بها اذا نوي ولقب
المسلة ان صريح الطلاق وكناياته يقع بها العتق ام لا عندنا لا يقع وعنده
يقع وجه قوله ان قوله لمملوكه انت طالق او طلقتك اثبات الانطلاق وازالة
القيد وانه نوعان كامل وذلك بزوال الرق والملك وهو تفسير العتق
وناقص وذلك بزوال اليد لا غير كما في المكاتب والماذون فاذا نوي
العتق فقد نوي احد النوعين فنوي ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا
لو قال لامراته انت حرة ونوي به الطلاق طلقت كذا هذا ولنا ان هذه
الالفاظ المضافة الي المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه اما قوله انت
طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد عبارة عن المنع لا عن الملك
والمانع يد المالك ورفع المانع يكون بزوال يده وزوال يد المالك عن
المملوك لا يقتضي العتق كالمكاتب وكذا قوله اذهب حيث شئت او توجه
الي اين شئت عبارة عن رفع يده عنه وانه لا ينفي الرق كالمكاتب وبه تبين
ان القيد ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضي زوال
الملك كالمكاتب وكذا قوله انت طالق باين او ابنتك لانه ينبي علي الفصل
والتبعيد وكذا التحريم يجامع الرق كالاخت من الرضاعة والامة المجوسية
وغير ذلك بخلاف قوله لامراته انت حرة لان التحرير تخليص والقيد ثبوت
فينافيه ولان ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح وما لا يملك بلفظ النكاح
لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كساير الاعيان وهذا لان الطلاق رفع
ما ثبت بالنكاح فاذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه
بلفظ الطلاق بخلاف قوله لامراته انت حرة ونوي به الطلاق لان ملك
المتعة لا يختص ثبوته بلفظ النكاح فانه كما يثبت بلفظ النكاح يثبت
بغيره من الشرا وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق الا تري انه يزول
بالردة وكذا شراوها بان اشتري الزوج امراته فجاز ان يزول بلفظ التحرير
ولو قال لعبده راسك راس حر او بدنك بدن حر او مثل فرج حر لم يعتق
لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وانه جايز من باب المبالغة
قال الله تعالي وهي تمر مر السحاب اي كمر السحاب وقال الشاعر

وعيناك

م اواختاري صح
صح الطلاق رفع القيد

وعيناك عيناها اي كعينيها وتشبيه الشي بالشي لا يقتضي المشاركة
بينهما في جميع الاوصاف وهذا معني قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال
الله تعالي كانهن الياقوت والمرجان وقال كانهن بيض مكنون فلا يعتق
ولو نوي فقال راسك راس حر او فرجك فرج حر لان هذا ليس بتشبيه
بل هو وصف وقد وصف جملته او ما يعبر به عن جملته بالحرية فيعتق ولو
قال ما انت الا مثل الحر او انت مثل الحر لم يعتق في القضا ولا فيما بينه
وبين الله تعالي كذا ذكر في الاصل لان هذا تشبيه بحرف التشبيه
والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الصفات بخلاف قوله ما انت الا
حر لان ذاك ليس بتشبيه بل هو تحرير لانه نفي واثبات والنفي والاثبات من باب التاكيد
تاكيدا كقول القايل لغيره ما انت الا فقيه وروي عن ابي يوسف انه اذا
قال كل مالي حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبيد وغيرهم من
الاموال ووصف الكل بالحرية بقوله كل مالي حر ومعلوم ان غير العبيد من
الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق فينصرف الوصف
بالحرية الي الحرية التي يحتملها الكل وهي ان يكون جميع امواله خالصة
صافية له لا حق لاحد فيها فلا تعتق عبيده والله الموفق فصل
واما شرايط الركن فانواع بعضها يرجع الي المعتق خاصة وبعضها يرجع
الي المعتق خاصة وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الي نفس
الركن اما الذي يرجع الي المعتق خاصة فهو ان يكون عاقلا حقيقة او تقديرا
حتي لا يصح الاعتاق من المجنون الذي يجن في حال ويفيق في حال فما
يوجد الاعتاق منه في حال افاقته فهو بمنزلة ساير العقلا وما يوجد
منه في حال جنونه فهو فيه بمنزلة المجنون المطبق اعتبارا للحقيقة واما
السكران فاعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق ومنها
ان لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمي عليه ولا نايما حتي لا
يصح الاعتاق من هولا كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في كتاب الطلاق
ومنها ان يكون بالغا فلا يصح الاعتاق من الصبي وان كان عاقلا كما لا يصح
الطلاق منه ولو قال رجل اعتقت عبدي وانا صبي او قال وانا نايم كان
القول قوله والاصل انه اذا اضاف الاعتاق الي حال معلوم الكون وهو
ليس من اهل الاعتاق فيها يصدق بان قال اعتقته وانا صبي او انا نايم
او مجنون وقد علم جنونه او انا حربي في دار الحرب علي اصل ابي حنيفة

والصبي الذي لا يعقل كما لا يصح الطلاق منهما واما المجنون

ومحمد وقد علم ذلك منه لانه اذا اضاف الاعتاق الي زمان لا يتصور منه
فالظاهر انه اراد صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصر معترفا بالاعتاق
ولو قال اعتقتك وانا مجنون ولم يعلم جنونه لا يصدق لانه اذا اضافه
الي حال لا يتيقن وجودها فالظاهر انه اراد الرجوع عما اقر به فلا
يقبل منه ولو قال اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق لا يعتق لان
زمان ما قبل الخلاقة وانخلاق العبد معلوم فقد اضاف الاعتاق
الي زمان معلوم الكون فلا يتصور منه فيه الاعتاق فلا يعتق واما
كونه طايعا فليس بشرط عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والمسلة قد
مرت في كتاب الطلاق وكونه جادا ليس بشرط بالاجماع حتي يصح
اعتاق الهازل وكذا كونه عامدا حتي يصح اعتاق الخاطي لما ذكرنا في
الطلاق وكذا التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الاعتاق بالكتابة
المستبينة والاشارة المفهمة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط
في الاعتاق بعوض وبغير عوض اذا كان الخيار للمولي حتي يقع العتق
ويبطل الشرط اما اذا كان بغير عوض فظاهر لان ثبوت الخيار للفا يدة
الفسخ والاعتاق بغير عوض لا يحتمل الفسخ وكذلك اذا كان بعوض لان
العوض من جانب المولي هو العتق وانه لا يقبل الفسخ فلا معني للخيار فيه
وان كان الخيار للعبد فخلوه عن خيار شرط لصحته حتي لو رد العبد العقد
في هذه الحالة ينفسخ العقد لان العوض من جانبه هو المال وكان محتملا
للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في الطلاق علي مال وقد ذكرناه في
كتاب الطلاق وعلي هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار ان الخيار
ان كان مشروطا للولي يبطل الخيار ويصح الصلح لان الخيار لثبوت الفسخ
والذي من جانب الولي وهو العفو لا يحتمل الفسخ وان كان الخيار للقاتل
جاز لان ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم اذا اجاز الخيار
وفسخ القاتل العقد هل يبطل العفو فالقياس انه يبطل لانه تعلق بشرط
المال ولم يسلم المال وفي الاستحسان لا يبطل ويلزم القاتل الدية كذا
روي عن محمد رحمه الله اما صحة العفو وسقوط القصاص فلان عفو
المولي يصير شبهة والقصاص يسقط بالشبهات واما وجوب الدية
فلان الولي لم يرض باسقاطه بغير عوض ولا عوض الا الدية التي هي
قيمة النفس ثم فرق بين الاعتاق علي مال وبين الكتابة فانه يجوز فيها

الاعتاق م

حتى تلو ستق م في مدة الخيار

شرطا

شرط الخيار للمولي لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار في
طرفيها كالبيع بخلاف الاعتاق علي مال والله الموفق وكذا اسلام المعتق ليس
بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد نافذ بلا خلاف والمسلة
تذكر في كتاب السير والله الموفق وكذا صحة المعتق فيصح الاعتاق من
المريض مرض الموت لان دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض
يعتبر من الثلث لانه يكون وصية ومنها النية في احد نوعي الاعتاق وهو
الكناية دون الصريح ويستوي في صريح الاعتاق وكنايته ان يكون ذلك
بمباشرة المولي بنفسه علي طريق الاصالة او بغيره علي طريق النيابة عن
المولي باذنه وامره وذلك انواع ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة فالتفويض
هو التخيير والامر باليد صريحا وكناية علي ما بينا والامر بالاعتاق كقوله
اعتق نفسك وقوله انت حر ان شيت والتوكيل هو ان يامر غيره باعتاقه
بان يقول لغيره اعتق عبدي فلانا من غير التقييد بالمشية والرسالة
معروفة وقد فسرناها في كتاب الطلاق والحكم في هذه الفصول في
العتاق كالحكم فيها في الطلاق وقد استوفينا الكلام في كتاب الطلاق
ومنها عدم الشك في الاعتاق هو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان
شاكا فيه لا يحكم بثبوته لما ذكرنا في الطلاق واما الذي يرجع الي المعتق
خاصة فنوعان احدهما الاضافة فمنها ان يكون المضاف اليه العتق
موجودا بيقين فان لم يكن لم تصح الاضافة بان قال الجارية مملوكة له حمل
هذه الجارية حر او قال ما في بطن هذه الجارية حر فان ولدت لاقل من
ستة اشهر من وقت التكلم عتق وان ولدت لستة اشهر فصاعدا لم
يعتق لانها اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت اليمين تيقنا وجوده
في ذلك الوقت لان المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر فان ولدت واحدا لاقل من
ستة اشهر بيوم ثم ولدت اخر لاكثر منها بيوم عتقا جميعا لان الاول عتق لكونه
في البطن بعموم الكلام واذا عتق الاول عتق الثاني لانهما توام واما اذا جات
به لستة اشهر فصاعدا من وقت التكلم فلانا لا نستيقن بوجوده وقت
التكلم لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك في ثبوت الحرية فلا يثبت
بالشك ومنها الاضافة الي بدن المعتق او الي جزء جامع منه وهو الذي
يعبر به عن جميع البدن او الي جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح
عندنا وعنده يصح كما في الطلاق غير انه اذا اضاف الي جزء شايع منه لا

لا ينفذ في الحال في قول ابي حنيفة بل هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق المرتد م

فيها صح

او الي جزء شايع عندنا خلافا للشافعي حتى لو اضاف العتق م م

يعتق كله كذا عند ابي حنيفة وانما يعتق قدر ما اضاف اليه لا غير وعند
ابي يوسف ومحمد يعتق كله وفي الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بنا على ان
العتق يتجزى عند ابي حنيفة وعندهما لا يتجزى والطلاق لا يتجزى بالاجماع
فابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين الطلاق والعتاق ووجه الفرق له ان ملك
النكاح لا يراد به الا الوطي والاستمتاع وذلك لا يتحقق في البعض دون البعض
فلا يكون اثبات حكم الطلاق في البعض دون البعض مفيدا فلزم القول
بالتكامل واما ملك اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطي فانه يثبت مع
حرمة الوطي والاستمتاع كالامة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة
وانما وضع للاسترباح والاستخدام وذلك يتحقق مع قيام الملك في البعض دون
البعض فكان ثبوت العتق في البعض دون البعض مفيدا فهو الفرق فلا ضرورة
الى التكامل واما كون المضاف اليه الاعتاق معلوما فليس بشرط لصحة الاعتاق — الاضافة
عند عامة العلما فتصح اضافته الى المجهول بان قال لعبديه احدكما حر
او قال هذا حر او هذا او قال ذلك لامتيه وعند نفاة القياس شرط
حتى لا تصح الاضافة الى المجهول عندهم والكلام في العتاق على نحو الكلام
في الطلاق وقد ذكرنا في كتاب الطلاق وسوا كانت الجهالة مقارنة
او طارية بان اعتق واحدا من عبيده عينا ثم نسي المعتق لما ذكرنا في كتاب
الطلاق والثاني قبول العبد في الاعتاق على مال فما لم يقبل لا يعتق
ومنها المجلس وهو مجلس الاعتاق ان كان العبد حاضرا او مجلس العلم
ان كان غايبا لما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى واما الذي يرجع اليهما
جميعا فهو الملك اذ المالك والمملوك من الاسما الاضافية والعلقة التي تدور
عليها الاضافة من الجانبين هي الملك فيكون المعتق مملوك المعتق رقبة
وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج في هذا الفصل الى بيان ان
يكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته والى
بيان انه هل يشترط ان يكون مملوكه وقت الاعتاق فوق التكلم بالعتق
ام لا والى بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن
لا يدخل اما الاول فالدليل على اعتبار قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما — هذا الشرط
لا يملكه ابن ادم وان زوال الملك المحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال
من سابقة الثبوت وعلى هذا يخرج اعتاق عبد الغير بغير اذنه انه لا ينفذ
لعدم الملك ولكن يتوقف على اجازة المالك عندنا وعند الشافعي لا يتوقف وهي

مسئلة

مسئلة تصرفات الفضولي وموضعها كتاب البيوع وكذا العبد الماذون لا
يملك الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة وكذا لو اشترى المكاتب او
الماذون ذا رحم محرم منه لا يعتق عليه لما قلنا واذا اشترى العبد الماذون
ذا رحم محرم من مولاه فان لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه لانه اذا
لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وان كان عليه
دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يعتق
بنا على ان المولى لا يملك كسب عبده الماذون المديون عنده وعندهما يملك
وهي من مسايل الماذون ولو اشترى المكاتب ابن مولاه او ذا رحم محرم من مولاه
لم يعتق في قولهم جميعا لان المولى لم يملكه لانه من كسب المكاتب والمولى لا
يملك اكساب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترت المكاتبة ابنها من سيدها
عتق لان اعتاق المولى ينفذ في المكاتبة وولدها فيعتق من طريق الحكم
لاجل النسب ويجوز اعتاق المولى المكاتب والعبد الماذون والمشترى قبل
القبض والمرهون والمستاجر لقيام ملك الرقبة وكذا العبد الموصى
برقبته لانسان وبخدمته لاخر اذا اعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا
وعلى هذا الاصل يخرج قول ابي يوسف في الحربي اذا اعتق عبدا حربيا
له في دار الحرب انه يعتق لقيام الملك واما عند ابي حنيفة ومحمد فلا
يعتق ولا خلاف في انه اذا اعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال لا خلاف
في العتق انه يعتق وانما الخلاف في الولا انه هل يثبت فيه ام لا ذكر الطحاوي
عن ابي حنيفة ان للعبد ان يوالي من يشا ولا يكون ولاوه للمعتق والصحيح
ان الخلاف ثابت في العتق فانهم قالوا في الحربي اذا دخل الينا ومعه
مماليك فقال هم مدبرون انه لا يقبل قوله فان قال هم اولادي وهن
امهات اولادي قبل قوله فهذا يدل على ان التدبير لا يثبت في دار الحرب
ورواية الطحاوي عن ابي حنيفة محمولة على ما اذا خرج الى دار الاسلام واذا
خرج الى دار الاسلام فلا ولا له عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه وانما عتق
بخروجه الى دار الاسلام وعند ابي يوسف عتق باعتاقه فولاوه له وجه
قول ابي يوسف في مسئلة العتق انه اعتق ملك نفسه فيعتق كما لو اعتقه
وكما لو كان في دار الاسلام فاعتق عبدا له حربيا او مسلما او ذميا وكالمسلم اذا
اعتق عبده المسلم في دار الحرب ولا شك انه اعتق ملك نفسه لان اموال
اهل الحرب املاكهم حقيقة الا ترى انهم يرثون ويورث عنهم ولو كان جاريه

يصح من الحربي استيلادها الا انه ملك غير معصوم ولهما ان اعتاق الحربي
عبده الحربي في دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق لان العتق عبارة
عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلا والتملك عن نفسه وهذا
لا يحصل بهذا الاعتاق بدون التخلية لان يده عليه تكون قايمة حقيقة
وملك اهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم على القهر الحسي والغلبة الحقيقية
حتى ان العبد اذا قهر مولاه واستولى عليه ملكه واذا لم توجد التخلية
كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق هذا معنى قول المشايخ
معتق بلسانه مسترق بيده بخلاف ما اذا اعتق في دار الاسلام لان يد
الاستيلا والملك منقطع بثبوت العتق في دار الاسلام فيظهر معنى العتق
وهو القوة الدافعة يد الاستيلا وبخلاف المسلم اذا اعتق عبده المسلم في
دار الحرب لان المسلم لا يدين الملك بالاستيلا والغلبة الحقيقية ولو كان
عبده حربيا فاعتقه المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحسانا
والقياس ان لا يعتق عندهما كالحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب
ومنهم من جعل المسئلة على الاختلاف وعلى هذا الخلاف اذا ملك الحربي في
دار الحرب ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف يعتق لان ملك القريب موجب العتق فكان الخلاف في الخلاف قيمه م
في الاعتاق واما الثاني فالاعتاق لا يخلو اما ان يكون تنجيزا واما ان
يكون تعليقا واما ان يكون اضافة الى وقت فان كان تنجيزا يشترط قيام شرطه م
الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات ~~الملك~~ العتق للحال ولا عتق بدون
الملك فان كان تعليقا فالتعليق نوعان تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة فالاصل م
وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من
وجه والتعليق المحض نوعان ايضا تعليق بما سوى الملك وسببه من
الشروط وتعليق بالملك او بسبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليق
صورة ومعنى وتعليق معنى لا صورة فيقع الكلام في الحاصل في موضعين
احدهما في بيان انواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت بلغ
وجوده وما لا يشترط والثاني في بيان ما يظهر به وجود الشرط اما
الاول فاما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو
التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك بان يقول
لعبده ان دخلت الدار فانت حر او ان كلمت فلانا او اذا قدم فلان ونحو

ذلك

ذلك وانه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزا وهذا النوع
من التعليق لا يصح الا في الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار فانت
حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان التعليق بالشرط ليس الا اثبات العتق
عند وجود الشرط لا محاله ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند
وجود الشرط الا اذا كان موجودا وقت التعليق لان الظاهر بقاه الى
وقت الشرط واذا لم يكن موجودا وقت التعليق كان الظاهر عدمه
عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجود الشرط لا محاله ولان
اليمين بغير الله تعالى شرط وجزا والجزا ما يكون غالب الوجود عند
وجود الشرط او متيقن الوجود عند وجوده ليحصل معنى اليمين
وهو التقوي على الامتناع او على التحصيل واذا كان الملك ثابتا وقت
التعليق كان الجزا غالب الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر
بقا الملك الى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا اذا اضاف
العتق الى الملك او سببه لان الجزا متيقن الوجود عند وجود الشرط
واما اذا لم يكن الملك موجودا وقت اليمين ولا وجدت الاضافة الى الملك
وسببه لم يكن الجزا غالب الوجود عند وجود الشرط ولا متيقن الوجود عند
وجوده بل كان محتمل الوجود والعدم احتمالا على السوا بل كان غالب العدم
لانه معدوم للحال فكان الظاهر بقاه على العدم لانه معدوم للحال فلا يحصل
فلو ينعقد اليمين م معنى اليمين حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار وانت في ملكي فانت حر
يصح حتى لو اشتراه فدخل الدار يعتق لوجود الاضافة الى الملك فكان
الجزا متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فينعقد
م اليمين ثم اذا وجد التعليق في الملك حتى صح فالعبد على ملكه في جميع الاحكام
قبل وجود الشرط واذا وجد الشرط وهو في ملكه يعتق وان لم يكن
في ملكه ينحل اليمين لا الى جزا حتى لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر
فدخل الدار وهو ليس في ملكه م فباعه قبل دخول الدار يبطل اليمين ولو لم يدخل الدار حتى اشتراه ثانيا
ل فدخل الدار عتق لان اليمين لا يبطل بزوال الملك لان في بقايها فايده لاحتمال
العود بالشرا وغيره من اسباب الملك الا انه لم ينزل الجزا عند الشرط
لعدم الملك فاذا عاد الملك واليمين قايمة عتق على ما ذكرنا في الطلاق ولو
قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه بيعا صحيحا لا يعتق لعدم الملك له
فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو في يده حنث لوجود الملك فيه وان كان

التعليق في الملك بشرطين بوافي قيام الملك عند وجود الاخير عندنا خلافا
لزفر حتى لو قال لعبده ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه قبل دخول
الدارين فدخل احدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى عتق عندنا
وعند زفر لا يعتق والمسلة مرت في كتاب الطلاق ولو قال لعبده ان
دخلت الدار فانت حر ان كلمت فلانا يعتبر قيام الملك عند الدخول ايضا
لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعتاق او العتاق لا ينعقد
الا في الملك او مضافا الى الملك او سببه كانه قال له عند الدخول ان كلمت
فلانا فانت حر ولو قال لعبده انت حر ان شئت او احببت او رضيت
او هويت او قال لامته ان كنت تحبيني او تبغضيني او اذا حضت فانت
حرة فالجواب فيه كالجواب في الطلاق وقد ذكرنا هذه المسايل واخواتها
في كتاب الطلاق ولو قال انت حر ان لم يشا فلان فان قال فلان شئت في
مجلس علمه لا يعتق لعدم الشرط وان قال لا اشا يعتق لان لا بقوله لا
اشا لان له ان يشا في المجلس بل لبطلان المجلس باعراضه واشتغاله بشي
اخر بقوله لا اشا الا ترى انه اذا قال ان لم يشا فلان اليوم فانت حر فقال
فلان شئت لا يعتق ولو قال لا اشا لا يعتق لان له ان يشا بعد ذلك
مادامت المدة باقية الا اذا مضى اليوم ولم يشا فحينيذ يعتق ولو
علق بمشية نفسه فقال انت حر ان شيت انا فما لم توجد المشية
منه في عمره لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لان هذا ليس بتفويض اذ
العتاق بيده مدة عمره ولو قال انت حر ان لم اشا فان قال شيت لم يعتق لعدم
الشرط وان قال لا اشا لان العدم لا يتحقق بقوله لا اشا اذ له ان يشا بعد
بعد ذلك الى ان يموت بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر على
المجلس فاذا قال لا اشا فقد اعرض عن المجلس وهاهنا لا يقتصر
على المجلس فله ان يشا بعد ذلك يموت فاذا مات فقد تحقق العدم
فيعتق قبل موته بلا فصل ويعتبر من ثلث المال لوقوع العتق في المرض
اذ الموت لا يخلوا عن مقدمة مرض ولو قال انت حر غدا ان شيت
فالمشية في الغد فان شا في الحال لا يعتق ما لم يشا في الغد ولو قال انت
حر ان شيت غدا فالمشية اليه ~~فالمشية اليه~~ في الحال فاذا شا في الحال
عتق غدا لان في الفصل الاول علق الاعتاق المضاف الى الغد فيقتضي المشية
في الغد وفي الفصل الثاني اضاف الاعتاق المعلق بالمشية الى الغد فيقتضي تقدم

المشية

المشية على الغد وروي عن ابي حنيفة انه قال المشية في الغد في الفصلين جميعا
ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده ان اديت الي الفا فانت حر لانه تعليق صورة
ومعنى لوجود الشرط والجزا فيصح في الملك ويتعلق العتق بوجود الشرط
وهو الادا اليه واذا جا بالف وهو في ملكه وخلى بينه وبين الالف عتق شا المولى
او ابى وهو تفسير الجبر على القبول لا ان القاضي يجبره على القبض بالحبس هكذا
فسره محمد رحمه الله فقال ان العبد اذا احضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه
عتق وهذا استحسان والقياس ان لا يعتق ما لم يقبض او يقبل وهو قول
زفر رحمه الله وجه القياس انه علق العتق بالادا اليه ولا يتحقق الادا اليه الا
بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما اذا قال ان اديت الي عبدا فانت حر فجا بعبد ردي
وخلى لا يعتق وان قبل عتق وكذا اذا قال ان اديت الي كرا من حنطة فانت
حر فادى كرا من حنطة ردية لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان اديت
ثوبا او دابة فاتى بثوب مطلق او دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول وكذا
اذا قال ان اديت الي الفا حج بها او حججت بها لا يعتق بتسليم الالف اليه ما لم
يقبل وكذا اذا قال ان اديت الي هذا الدن من الخمر لا يعتق بالتخلية بدون القبول
وجه الاستحسان ان ادا المال الى الانسان عبارة عن تسليمه اليه قال الله
تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها اي تسلموها وقال تعالى
خبرا عن نبيه موسى عليه السلام ان ادوا الي عباد الله اي سلموا وتسليم
الشي اليه عبارة عن جعله سالما خالصا له لا ينازعه فيه احد وهذا يحصل
بالتخلية ولهذا كانت التخلية تسليما في الكتابة وكذا في المعاوضات المطلقة
مع ان التخلية تتضمن القبض لانها تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير
القبض لا الجعل في البراجم كما في ساير المواضع واما المسايل فهناك لم يوجد
الشرط اما مسلة العبد فانه وان ذكر العبد مطلقا فانما اراد به المقيد
وهو المرغوب اليه لا ما ينطلق عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله فلا
يعتق بادا الردي واذا قبل يعتق لانه اذا قبل تبين انه ما اراد به المقيد
بل المطلق وعلم ان له فيه غرضا اخر في الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح
بخلافه حتى لو اتى بعبد جيد او وسط وخلى يعتق وهو الجواب عن مسلة
الكر واما مسلة الثوب فثمة لا يعتق ما لم يقبل ولا يعتق باداء الوسط لان
الثياب اجناس مختلفة وانواع متفاوتة واسم الثوب يقع على كل ذلك على
الانفراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل جنس تحته

اداء المال عبارة عن تسليمه

العدم

انواع وكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع على ادنى الوسط من هذه
الاجناس كما لا يقع على ادنى الردى لان قيمة ادنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب
تستر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته الف
ومتى بقى مجهولا لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية حتى لو قال
ان اديت الى ثوبا هرويا فانت حر يقع على الوسط واذا جاء به يجبر على
القبول وكذا الجواب عن مسئلة الدابة لان الدواب اجناس مختلفة تحتها انواع
متفاوتة واسم الدابة يقع على كل ذلك على الانفراد حتى لو قال اذا اديت الى فرسا
فانت حر قالوا انه يقع على الوسط ويجبر على القبول واما مسئلة الحج ففيها
تفصيل ان قال اذا اديت الى الفا فحججت بها او قال وحججت بها فانت حر لا يعتق
لانه علق العتق بشرطين فلا ينزل عند وجود احدهما وان قال ان اديت
الى الفا احج بها يعتق اذا خلى ويكون قوله احج بها لبيان الغرض ترغيبا للعبد
في الاداء حيث يصير كسبه مصروفا الى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط
ومسئلة الخمر لا رواية فيها ولكن ذكر في الكتابة انه اذا كاتب عبده على دن
من خمر او على كذا عدد من الخنازير على انه متى اتى بها فهو حر فقبل تكون
كتابة فاسدة فلو جاء بها المكاتب وخلى بينه وبينها يعتق لوجود الشرط
ويلزمه قيمة نفسه فيجب ان يقاس عليه ويقال يعتق هاهنا ايضا بالتخلية
وقال بعض مشايخنا ان العتق في هذا الفصل يثبت من طريق المعاوضة لا بوجود
الشرط حقيقة كما في ساير التعليقات بشروطها الا بطريق المعاوضة والمسايل
تدل عليه فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت ابا يوسف قال في رجل
قال لعبده ان اديت الى الفا فانت حر او متى اديت او اذا اديت فان ابا حنيفة
قال هذا ليس بمكاتب وللمولى ان يبيعه وكذا قال ابو يوسف ومحمد فان
ادى المال قبل ان يبيعه فان ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا قالوا يجبر المولى
على قبوله ويعتق استحسانا وان مات المولى قبل ان يودى العبد فالعبد رقيق
يورث مع اكسابه بخلاف الكتابة ولو مات العبد قبل الاداء وترك مالا
فماله كله للمولى ولا يودى عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقى بعد الاداء
في يده مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب لان المكاتب في يد نفسه
ولا سبيل للمولى على اكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية اولى وقالوا ان
المولى لو باعه قبل الاداء صح كما في قوله لعبده ان دخلت الدار فانت حر بخلاف
المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب ولو قال لعبدين له ان اديتما

كما في الكتابة والصحيح انه يثبت بوجود الشرط حقيقة صح

الا الفم

واذا رجع فتنتقض الهبة

الي

الى الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لا يعتق احدهما لانه علق العتق باداء
الالف ولم يوجد وكذا اذا ادى احدهما الالف كله من عنده لانه جعل شرط
عتقهما اداهما جميعا الالف ولم يوجد فلا يعتقان كما اذا قال لهما ان
دخلتما هذين الدارين فانتما حران فدخل احدهما لا يعتق ما لم يدخل
الاخر وان ادى احدهما الالف وقال خمسماية منها من عندى وخمسماية
اخرى بعث بها صاحبى ليوديها اليك عتقا جميعا لوجود الشرط وهو
اداء الالف منهما حصة احدهما بطريق الاصالة وحصة الاخر بطريق النيابة
لان هذا باب تجرى فيه النيابة فقام اداوه مقام اداء صاحبه ولو ادى
عنهما رجل اخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو اداوهما واما اذا ادى الاجنبى
الالف وقال اوديها اليك على انهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا لان
هذا بمنزلة التعليق بشرط اخر مع الاجنبى كانه قال ان اديت الى الفا
فعبدى حر ويرد المال الى المودى لان المولى لا يستحق المال بعتق عبده
على الغير ولان منفعة هذا لم تحصل له فلا يجوز ان يستحق به على الغير مالا
بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امراتك على الف هذه ودفع اليه فطلق ان
الالف يكون للمطلق لانه لم يحصل له بالطلاق منفعة لانه اسقاط حقه
والاجنبى صار متبرعا عنها بذلك فاشبه ما لو قضى عنها دينها بخلاف
العتق لانه حصل للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز ان يستحق بدلا على
الغير ولو اداها الاجنبى وقال هما امرانى ان اوديها عنهما فقبلها المولى
عتقا لوجود الشرط لانه يجوز ان يكون الرجل رسولا عنهما واداء الرسول
اداء المرسل فان ادى العبد من مال اكتسبه قبل القول عتق لوجود
الشرط ويرجع المولى عليه بمثله لان المولى ما اذن له بالاداء من هذا الكسب
لان الاذن يثبت مقتضى القول والكسب كان قبل القول فصار
بمنزلة المغصوب بان غصب الفا من رجل وادى ولم يجز المغصوب منه
اداه فان العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب ان يسترد المغصوب وللمولى
ان يرجع على العبد بمثلها ولو ادى من مال اكتسبه بعد القول صح الاداء وعتق
العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع
لانه ادى من مال المولى فيرجع عليه كما لو اكتسبه قبل القول بخلاف المكاتب
لانه ادى من مال نفسه لان اكسابه ملكه الا انهم استحسنوا فقالوا لا يرجع لانه
ادى باذن المولى فكان اقدامه على هذا القول اذنا بالتجارة دلالة لانه لا يتوصل

العتق م

له صح

الي اداء الالف الا بالتجارة فيصير ماذونا في التجارة فقد حصل الاداء من كسب هو ماذون في الاداء منه من جهة المولي فلا يستحق الرجوع عليه او نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم المولي في القدر الذي يودي ككسب المكاتب ملك ٢
فصار من هذا الوجه كالمكاتب ولو كانت هذه امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم ادت فعتقت انه يعتق ولدها ولو قال العبد للمولي حط عني مائة فحط عنه فادي تسع مائة لم يعتق لان الشرط لم يوجد بخلاف الكتابة لان العتق فيها يثبت من طريق المعاوضة والحط يلتحق باصل العقد في المعاوضات كالبيع وكذا اذا ادي مكان الدراهم دنانير لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال مطلب
لعبد ان خدمتني سنة فانت حر فخدمه اقل من سنة وتجوز المولي عما بقي لم يعتق حتى تكمل خدمته سنة وكذا لو صالحه عن الخدمة على دنانير او عن الدراهم التي جعل عليه على دنانير وكذا اذا قال لهم اخدموا ولدي سنة وانتم احرار فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق هذا كله دليل على ان العتق يثبت بوجود الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدم الرضا واسقاط بعض الشرط كما في ساير الايمان الا ترى انه لو قال لعبد ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فدخل احداهما وقال المولي اسقطت عنك دخول الدار الاخري لم يسقط كذا هذا ولو ابرا المولي العبد عن الالف لم يعتق لعدم الشرط وهو الاداء ولو ابرا المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر محمد رحمه الله في الزيادات انه اذا قال العبد ان اديت الي الفا في كيس ابيض فانت حر فاداها في كيس اسود لم يعتق وفي الكتابة يعتق وهذا نص على ان العتق هاهنا يثبت بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وادي اليه يجبر على القبول عند ابي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف وعلى هذا اذا رده عليه بخيار او بعيب وجه قول ابي يوسف ظاهر مطرد على الاصل لانه عتق معلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القايم وكان حكمه في الملك الثاني حكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل واما الوجه لمحمد رحمه الله فهو ان دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القايم ظاهرا لان غرضه من التعليق

بالاد

بالاداء تحريضه على الكسب ليصل اليه المال وذلك في الملك القايم واكد ذلك بوجود العتق المرغب له على الكسب مع احتمال ان المراد منه مطلق الملك فاذا اتي بالمال بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقييده بالملك القايم ظاهرا بدلالة الحال واذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد منه مطلق الملك ولو

قال لامته اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حرة فقبلت ذلك فليس هذا بمكاتبة وله ان يبيعها ما لم تود وان كسرت شهرا لم تود اليه ثم ادت اليه في غير ذلك الشهر لم تعتق كذا ذكر في رواية ابي حفص وذكر في رواية اخري وقال هذه مكاتبة وليس له ان يبيعها وان كسرت شهرا ثم ادت اليه في شهر اخر كان ذلك جايزا وجه هذه الرواية انه ادخل فيه الاجل ٢ دل انه كتابة وجه رواية ابي حفص ان هذا تعليق العتق بشرط في وقت وهذا لا يدل على انه كتابة كما اذا قال لها ان دخلت دار فلان اليوم او دار فلان غدا ٢ وان ادخل فيه الاجل ٢
فانت حرة لا يكون ذلك كتابة والدليل على تصحيح هذه الرواية انه اذا قال لها اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حرة فلم تودها في ذلك الشهر وادت تما
في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الا بحكم الحاكم او بتراضيهما فدل ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بالشرط لكن في وقت دون وقت ثم التعليق بالاداء هل يقتصر على مجلس هذه الالفاظ فان قال متي اديت او متي ما اديت ٢ او حيث ما اديت او اذا اديت او اذا ما اديت ٢
فلا شك ان هذا كله لا يقتصر على المجلس لان في هذه الالفاظ معني الوقت وان قال ان اديت الي ذكر في الاصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه بشر عن ابي يوسف يدل على انه لا يقتصر على المجلس فانه قال في رواية ابي يوسف انه قال في رجل قال لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر او متي ما اديت او ان اديت فقد سوي بين هذه الكلمات ثم في كلمة اذا ومتي لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة ان وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطفا على روايته عن ابي يوسف ان المولي اذا باعه ثم اشتراه فادي المال عتق وبعيد ان يتفق البيع والشرا واداء المال في مجلس واحد فهذا يدل على ان العتق لا يقتصر على المجلس في الالفاظ كلها والوجه فيه ظاهر لانه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بساير الشروط من قوله ان دخلت الدار فانت حر وغير ذلك وجه رواية الاصل ان العتق المعلق بالاداء معلق باختيار العبد فصار كانه قال انت حر ان شيت ولو قال ان شيت يقتصر على

المجلس ولو قال اذا شئت او متي شئت لا يقتصر كذا هاهنا وسوا ادي الالف جملة
واحدة او علي التفاريق الخمسة والعشرة وعشرين انه يجبر علي القبول
حتي اذا تم الالف يعتق لانه علق العتق باداء الالف مطلقا وقد ادي وروي ابن رستم
عن محمد رحمه الله فيمن قال لعبده في مرضه اذا اديت الي الفا فانت حر
وقيمة العبد الف فاداها من مال اكتسبه بعد القول فانه يعتق من
جميع المال استحسن ابو حنيفة رحمه الله ذلك وقال زفر يعتق من الثلث
وهو القياس ووجهه ان الكسب حصل علي ملك المولي لانه كسب عبده فاذا
اسقط حقه عن الرقبة كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو اعتقه ابتدا بخلاف
الكتابة لان المولي لا يملك اكساب المكاتب فكان كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق
من جميع المال وجه الاستحسان ان القدر الذي تودي من الكسب الحاصل
بعد القول علي ملك المولي ككسب المكاتب لان المولي اطمعه العتق باداية
اليه فصار تعليق العتق به سببا داعيا الي تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه
بمنزلة المكاتب ولو قال له ادي الي الفا وانت حر فما لم يود لا يعتق لانه اتي
بجواب الامر لان جواب الامر بالواو فيقتضي وجود اعتاق الامر وهو الادا
ولو قال ادي الي الفا فانت حر فلا رواية في هذا وقيل هذا والاول سوا لا يعتق الا باداء
المال اليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفا ولو قال ادي الي الفا انت حر يعتق
للحال ادا او لم يود لانه لم يوجد هاهنا ما يوجب تعلق العتق بالادا حيث لم
يات بحرف الجواب والله اعلم ومن هذا القبيل اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فهو
حر او قال ان ولدت ولدا فهو حر ويعتبر لصحته قيام الملك في الامة وقت
التعليق كما في قوله ان ولدت ولدا فانت حرة لان الملك اذا كان ثابتا في الامة وقت
التصرف فالظاهر بقاوه الي وقت الولادة فلا حاجة الي اضافة الولادة الي
الملك ليصح واذا صح التعليق فكل ولد تلده في ملكه يعتق وان ولدت في غير ملكه
لا يعتق ويبطل اليمين بان ولدت بعد ما مات او بعد ما باعها ولو ضرب
ضارب بطنها فالقت جنينا ميتا كان فيه ما في جنين الامة لان الحرية تحصل بعد
الولادة والضرب حصل قبل الولادة وكان عبدا فلا يجب ضمان الحر ولو قال اذا حملت
بولد فهو حر كان فيه ما في جنين الحرة لان الحرية هاهنا تحصل بالحمل فالضرب
صادفه وهو حر الا انا لا نحكم به ما لم تلد لانا لا نعلم وجوده فاذا القت فقد
علمنا بوجوده وقت الضرب فان قيل الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة ولا
يعلم بذلك فكيف نحكم بحريته فالجواب انه لما حكم الشرع بالارش علي الضارب

فقد

فقد صار محكوما بحدوث الحياة فيه لان الارش لا يجب الا باتلاف الحي ولو
باعها المولي فولدت عند المشتري قبل مضي ستة اشهر كان الولد حرا والبيع
باطلا لانا تيقنا انه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه وحرية الحمل
تمنع جواز بيع الام لما مر وان ولدته لستة اشهر فصاعدا لم يعتق لانا لم نتيقن
بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز فسخ البيع واثبات الحرية بالشك ولو قال
لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت غلاما وجارية فهذا لا
يخلوا من اوجه اما ان علما بهما ولدا اولا بان اتفق المولي والامة علي انهما يعلمان
ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا علي انهما لا يعلمان ذلك واما ان اختلفا في ذلك
فان علما بهما ولد اولا فان كان الغلام هو الاول فهو رقيق لان المعلق بولادته
عتق الام وهي انما تعتق بعد الولادة وكان انفصال الولد علي حكم الرق فلا يوثر
فيه عتق الام وتعتق الام لوجود الشرط وتعتق الجارية بعتقها وان كانت
الجارية هي الاول لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام
رقيق علي كل حال لانه لا حال له في الحرية اصلا سوا كان متقدما في الولادة او
متاخرا لانه ان كان اولا فذاك شرط عتق امه لا عتقه وعتق امه لا يوثر فيه
لما بينا وان كانت الجارية اولا فولادته لم تجعل شرط العتق في حق احد فلم
يكن للغلام حال في الحرية راسا فكان رقيقا علي كل حال واما الام والجارية
فيعتق كل واحدة منهما نصفها وتسعي في نصف قيمتها لان كل واحدة منهما
تعتق في حال وترق في حال لان الغلام ان كان اولا عتقت الام والجارية اما
الام فلوجود شرط العتق فيها واما الجارية فلعتق الام لان الام اذا اعتقت
عتقت الجارية بعتق الام تبعا لها فيعتقان جميعا وان كانت الجارية اولا لا
يعتقان لانه لم يوجد شرط العتق في الام واذا لم تعتق الام لا تعتق الجارية
لان عتقها بعتقها فاذا هما يعتقان في حال ويرقان في حال فيتنصف
العتق بينهما فيعتق من كل واحدة منهما نصفها علي الاصل المعهود لاصحابنا
رحمهم الله من اعتبار الاحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الامكان
وروي عن محمد رحمه الله انه يستحلف المولي علي علمه بالله ما يعلم الغلام
ولد اولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان الغلام عبدا وان حلف
كانوا جميعا ارقا وكذلك ان لم تخاصم المولي حتي مات وخوصم وارثه فاقر
انه لا يدري وحلف بالله ما يعلم الغلام ولد اولا فهم ارقا ووجه هذه
الرواية ان الاحوال انما تعتبر عند تعذر البيان والبيان هاهنا ممكن بالرجو

الى قول الحالف فلا تعتبر الاحوال والجواب انه لا سبيل الى البيان باليمين لان
الخصمين متفقان على انهما لا يعلمان الاول منهما فلا يجوز للقاضي ان يكلف المولى
الحلف على انه لا يعلم الاول منهما مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا فالقول
قول المولى ان الجارية هي الاولى لانه ينكر العتق ولو قال لامته ان كان اول
تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية ولد م
فان علم ان الغلام كان اولا عتقت الام والجارية لا غير اما الام فلوجود الشرط
واما الجارية فلعتق الام واما رق الغلام فلانفصاله على حكم الرق فلا يؤثر فيه
عتق الام وان علم ان الجارية كانت هي الاولى عتقت هي لا غير لان المعلق بولادتها
عتقها لا غير وعتقها لا يؤثر في عتق غيرها وان لم يعلم ايها اول فالجارية
حرة على كل حال والغلام عبد على كل حال ويعتق نصف الام وتسعى في نصف
قيمتها اما حرية الجارية على كل حال فلانه لا حال لها في الرق لان الغلام ان كان
اولا عتقت الجارية لان امها تعتق فتعتق هي بعتق الام وان كانت الجارية
اولا فقد عتقت لوجود شرط العتق في حقها فكانت حرة على كل حال واما
رق الغلام على كل حال فلانه ليست له حال في الحرية سوا ولد اولا او اخرا واما
الام فانما يعتق نصفها لانها تعتق في حال وترق في حال لان الغلام ان كان
اولا تعتق الام وكذا الجارية تعتق ايضا بعتق الام وان كانت الجارية اولا لا تعتق
الجارية لا غير لان المعلق به عتقها لا غير وعتقها لا يتعدى الى عتق الام
فاذا تعتق الام في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال
وان اختلفا فالقول قول المولى لما بينا ولو قال ان كان اول ولد تلدينه لها م
غلاما فهو حر وان كان جارية فانت حرة فولدت غلاما وجارية فان
علم ان الغلام ولد اولا عتق هو لا غير وان علم ان الجارية ولدت اولا عتقت الام والغلام
لا غير وان لم يعلما ايهما ولد اولا فالغلام حر على كل حال لانه لا حال له في
الرق سوا كان اولا او اخرا والجارية رقيقة على كل حال لانها لا حال لها
في الحرية تقدمت في الولادة او تاخرت لان الغلام ان كان هو الاول لا تعتق
الام وان كانت الجارية هي الاولى لا يعتق الا الام والغلام فلم يكن للجارية
حال في الحرية فبقيت رقيقة والام يعتق منها نصفها وتسعى في نصف
قيمتها لان الجارية ان كانت هي الاولى تعتق الام كلها وان كان الغلام هو الاول
لا يعتق شي منها فتعتق في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها وتسعى في
النصف اعتبارا للحالين وعملا بهما بقدر الامكان وان اختلفا فالقول قول

المولى

المولى لما ذكرنا هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين
وجاريتين والمسئلة بحالها فان علم اولهم انه ابن عتق لا غير لان المعلق هو
عتقه لا غير فيعتق هو لا غير عند وجود الشرط وان علم انه جارية فهي
رقيقة ومن سواها احرار لانه جعل ولادتها اولا شرط حرية الام فاذا وجد
الشرط عتقت الام ويعتق كل من ولد بعد ذلك بعتق الام تبعا وان لم لها م
يعلم من كان اولهم يعتق من الغلامين من كل واحد منهما ثلاثة ارباعه ويسعى
في ربع قيمته ويعتق من الام نصفها وتسعى في نصف قيمتها ويعتق من
البنتين من كل واحدة منهما ربعها وتسعى في ثلاثة ارباع قيمتها وانما
كان كذلك اما الغلامان فلان اول ما ولدت ان كان غلاما عتق الغلام
كله لوجود الشرط وان كان جارية عتق الغلامان لان الام تعتق فيعتق كل من
ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الاخرى فقد تيقنا بحرية احد
الغلامين وشككنا في الاخر وله حالتان يعتق في حال ولا يعتق في حال
فيجعل نصفين فيعتق غلام واحد ونصف من الاخر ولا يعلم ايهما عتق كله ذلك م
وايهما عتق نصفه فاستويا في ذلك وليس احدهما باولى من الاخر فيعتق
من كل واحد ثلاثة ارباعه ويسعى في ربع قيمته واما الام فانها تعتق منهما م
في حال ولا تعتق في حال لان اول ما ولدت ان كان غلاما لا تعتق اصلا وان
كان جارية تعتق فتعتق في حال وترق في حال فيعتق نصفها وتسعى في
نصف قيمتها واما الجاريتان فاحدهما امة بلا شك لان اول ما ولدت ان
كان غلاما ~~لا تعتق اصلا وان كان جارية تعتق فتعتق في حال وترق في~~
~~حال~~ فهما رقيقتان وان كان جارية فان الاولى لا تعتق وتعتق الاخرى بعتق
الام فاذا ~~هما~~ في حالة لهما حرية واحدة وفي حالة لا شي لهما فيثبت لهما نصف
ذلك وليست احداهما باولى من الاخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو
ربع الكل فيعتق من كل واحدة منهما ربعها وتسعى في ثلاثة ارباع قيمتها
والله اعلم ولو قال لامته اذا ولدت غلاما ثم جارية فانت حرة وان ولدت
جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فان كان الغلام اولا
عتقت الام لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما
على حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وان لم يعلم ايهما اول واتفقا على
انهما لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لانه لا حال لها في الحرية لانها ترق في جميع
الاحوال واما الغلام والام فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في

وان كانت الجارية اولا عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقتان لان عتق الغلام لا يؤثر فيهما صح

نصف قيمته وان اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه هذا اذا ولدت
غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين فان ولدت غلامين
ثم جاريتين عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقي
الغلامان والجارية الاولى ارقاء وان ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت
الام لوجود الشرط والجارية الثانية والغلام الثاني بعتق الام وان ولدت
غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط والغلام الثاني والجارية الثانية
بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط
وبقي من سواه رقيقا وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلامين عتق الغلام الاول
لا غير لوجود شرط العتق في حقه لا غير وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلاما ثم
جارية ثم غلاما عتق الاول لا غير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقوا على انهم لا يعلمون
ايهم الاول يعتق من الاولاد من كل واحد ربعه لان احد الغلامين مع احدى
الجاريتين رقيقان على كل حال لانه ليس لهما حال في الحرية والجارية الاخرى
والغلام الاخر يعتق كل واحد منهما في حال ويرق في حال فيعتق من كل واحد
نصفه فما اصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية الاخرى نصفين اذ
ليست احداهما باولى من الاخرى فيعتق من كل واحدة ربعها وكذلك ما اصاب
الغلام يكون بينه وبين الغلام الاخر نصفين لما قلنا واما الام فيعتق منها نصفها
لانه ان سبق ولادة الغلام تعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا
تعتق فيعتق نصفها وتسعى في نصف قيمتها وان اختلفوا فالقول قول
المولى مع يمينه على علمه لما قلنا ولو قال لها اذا ولدت ما في بطنك فهو حر
فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم حلف عتق ما في بطنها وان جاءت به
لستة اشهر فصاعدا لا يعتق لانها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من
يوم حلف تيقنا بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة
اشهر فتيقنا بكونه داخلا تحت الايجاب واذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا
لم يتيقن بوجوده بل يحتمل ان لا يكون موجودا ثم وجد من بعد فلا يدخل
تحت الايجاب مع الشك وكذلك اذا قال لها ما في بطنك حر الا انها هنا
يعتق من يوم حلف وفي الفصل الاول يوم تلد لان هناك شرط الولادة
وها هنا لم تشترط ولو قال لها اذا حملت فانت حرة فولدت لاقل من
سنتين او لسنتين من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين
تعتق لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فاذا ولدت لاقل من

سنتين

لان كل واحد منهما يعتق في حال ويرق في حال فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته ص

وللمسئلة بحالها

ثم غلاما ثم جارية ص

ثم جارية

الغلام

سنتين او لسنتين يحتمل انها كانت حبلى وقت اليمين ويحتمل انه حدث
الحبل بعد اليمين فيقع الشك في ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية
مع الشك واما اذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحبل حصل بعد
اليمين لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فقد وجد شرط
العتق وهو الحمل بعد اليمين فتعتق فان قيل اليس اصلكم ان الوطي اذا
كان مباحا تقدر مدة الحمل بستة اشهر فهلا قدرتم ها هنا كذلك
فالجواب ان هذا من اصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة او اعتاق بالشك
ولو جعلنا مدة الحمل ستة ها هنا ستة اشهر لكان فيه اثبات العتق
بالشك وهذا لا يجوز ثم ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين حتى عتقت
وقد كان وطئها قبل الولادة فان وطئها قبل الولادة لاقل من ستة اشهر
فعليه العقر وان وطئها قبل الولادة لستة اشهر فصاعدا لا عقر
عليه لانها اذا ولدت لاقل من ستة اشهر منذ وطئها علم انه وطئها وهي
حامل لان الحمل لا يكون لاقل من ستة اشهر فاذا وضعت لاقل من ستة اشهر
بعد الوطي علم ان العلوق حصل قبل هذا الوطي فيجب عليه العقر لانه علم
انه وطئها بعد ثبوت الحرية فاذا ولدت لستة اشهر فصاعدا من وقت
وقت الوطي يحتمل ان الحمل حصل بذلك الوطي فلا يجب العقر لان الوطي لم يصادف
الحرية ويحتمل انه حصل بوطي قبله فيجب العقر فيقع الشك في وجوب
العقر فلا يجب مع الشك وينبغي في الورع والتنزه اذا قال لها هذه المقالة
ثم وطئها ان يعتزلها حتى يعلم احامل هي ام لا فان حاضت وطئها بعدما
طهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطي فعتقت فاذا وطئها بعد
ذلك كان وطي الحرة فيكون حراما فيعتزلها صيانة لنفسه عن الحرام
فاذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد اذ الحامل لا تحيض ولهذا استبرا
الجارية المشتراه بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم ولو قال لها ان كان حملك
غلاما فانت حره وان كان جارية فهي حرة وكان غلاما وجارية لم يعتق واحد
منهم لان الحمل اسم لجميع ما في البطن قال الله تعالى واولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن والمراد منه جميع ما في البطن حتى لا تنقضي العدة الا بوضع
جميع ما في الرحم وليس كل الحمل الجارية وحدها ولا الغلام وحده بل بعض الحمل
غلام وبعضه جارية فصار كانه قال ان كان كل حملك غلام فهو حر وان كان
كل حملك جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية لا يعتق احدهم كذا هنا وكذلك

شرط ص [illegible]

من

ف

ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت في يد المشتري ينظر ان ولدت لاقل من سنتين او لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز ان الولد حدث قبل اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان ولدت لاقل من سنتين بعد اليمين ينظر ان كان ذلك لاقل من ستة اشهر قبل البيع لا يجوز البيع لانه حدث الولد قبل البيع فعتقت هي وولدها وبيع الحر لا يجوز وان كان ذلك لستة اشهر فصاعدا من وقت البيع فانها لا تعتق لان من الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح فلا يفسخ بالشك صح

الحمل اسم لجميع ما في البطن

ولو قال ان كان في بطنك غلام فهو حر فولدت غلاما وجارية لا يعتق الغلام لان قوله ان كان في بطنك غلام ليس عبارة عن جميع ما في البطن صح

ان قال ان كان ما في بطنك لان هذا عبارة عن جميع ما في البطن بل يقتضي وجوده وقد وجد غلام ووجد ايضا جارية تبعا ولو قال لها ان كنت حبلى فانت حرة فولدت لاقل من ستة اشهر فهي حرة وان ولدت لاكثر من لستة اشهر لم تعتق
او لاكثر صح
لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فاذا اتت به لاقل من ستة اشهر علم ان الحمل
ولد هام
كان موجودا وقت اليمين فتعتق الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين ويعتق الحمل بعتقها تبعا لها واذا اتت به لستة اشهر او اكثر يحتمل ان يكون بحمل حادث بعد اليمين فلا تعتق ويحتمل ان يكون بحمل موجود وقت اليمين فتعتق فوقع الشك في العتق فلا يثبت مع الشك ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما تعليق للعتق بشرط الموت الا ان التدبير تعليق بالشرط قولا والاستيلاد تعليق بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب ولكل واحد منهما باب مفرد واما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة فنحو ان يقول لامته كل ولد تلدينه فهو حر وهذا ليس بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان واذا ونحو ذلك لان كلمة كل ليست كلمة التعليق بل هي كلمة الاحاطة لما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لانه اوقع العتق على موصوف بصفة وهو الولد الذي تلد فيتوقف وقوع العتق على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحا في قوله ان ولدت ولدا او ان دخلت الدار ونحو ذلك فكان معنى التعليق موجودا فيه فلا يصح الا اذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق حتى لو قال لامة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو اشتراها فولدت عنده ولدا لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق وعدم الاضافة الى الملك وسببه ويصح اذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق وقيام الملك في الامة يكفي لصحته ولا يشترط اضافة الولادة الى الملك للصحة بان يقول كل ولد تلدينه وانت في ملكي فهو حر لما بينا فيما
ثم
تقدم ان ولدت في ملكه يعتق الولد لوجود الشرط في الملك وان ولدت في غير ملكه لا يعتق لعدم الملك ويبطل اليمين لوجود الشرط كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه فدخل الدار بطل اليمين حتى لو اشتراه ثانيا فدخل الدار لا يعتق كذا ههنا وعلى هذا اذا قال لعبد يملكه او لا يملكه كل ولد يولد لك فهو حر فولد له ولد من امة فان كانت الامة ملك الحالف

270

يوم الحلف عتق الولد والا فلا وينظر في ذلك الى ملك الامة لا الى ملك العبد لان الولد في الرق والحرية يتبع الام لا الاب فاذا كانت الامة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيه الى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد فصار كانه قال كل ولد يولد لك من امتي فهو حر واذا لم تكن الامة مملوكة له في الحال فالظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهرا فلم يوجد التعليق في الملك ولا الاضافة الى الملك فلا يصح هذا اذا ولد له الولد من امة مملوكة للحالف من نكاح واما اذا ولد منها عن سفاح بان زنى الغلام بها فولدت منه هل يعتق ام لا فقد اختلف المشايخ فيه وهي من مسائل الجامع ولو قال لامته اول ولد تلدينه فهو حر او ان ولدت ولدا فهو حر او اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا لا شك في انه لا يعتق الولد الميت وان كان الولد الميت ولدا حقيقة وهل يعتق الولد الحي قال ابو حنيفة رحمه الله يعتق وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق وحاصل الكلام يرجع الى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق او ولادة ولد حي فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط فينحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك وعند ابي حنيفة الشرط ولادة ولد حي فلم يتحقق الشرط بولادة ميت فيبقى اليمين فيترك
او ولد صح
الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حي وجه قولهما ان الشرط ولادة
ة
ولد مطلق لان الحالف اطلق اسم الولد ولم يقيد بصفة الحياة والموت والولد
لد
الميت ولد حقيقة حتى تصير المراة به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الجارية به ام ولد له ولهذا لو كان المعلق عتق عبد اخر او طلاق امراته ينزل عند ولادة ولد ميت وكذا اذا قال لها ان ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان حر فولدت ميتا عتق عبده ولو لم تكن هذه الولادة شرطا لما عتق فاذا ولدت ميتا فقد وجد الشرط لكن المحل غير قابل للجزاء فينحل اليمين لا الى جزاء ويبطل كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل ينحل اليمين لكن لا الى جزاء حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق وان امكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت الدار وانت في ملكي مع ذلك لم يتقيد به كذا ههنا ولابي حنيفة رحمه الله ان الايجاب اضيف الى محل قابل للحرية اذ العاقل الدين لا يقصد ايجاب الحرية فيما لا يحتمل الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الحي فيتقيد به كانه قال اول ولد تلدينه حيا فهو حر كما اذا قال الاخر
او ان ولدت ولدا حيا فهو حر صح

ان ضربتك فعبدي حر انه يتقيد بحال حياة المضروب حتي لو ضربه بعد
موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا هاهنا ولا فرق الا ان هاهنا تقيد
لنزول الجزا وهناك تقيد لتحقق الشرط بخلاف ما اذا علق بالولادة عتق
عبد اخر او طلاق امراته لان هناك المحل المضاف اليه الايجاب قابل للعتاق
والطلاق فلا ضرورة الي التقييد بحياة الولد كما اذا قال لها ان ولدت
ولدا فانت حرة او قال اول ولد تلدينه فانت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت
وهاهنا بخلافه وهو الجواب عن قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان
ان ولادة الولد الميت يصلح شرطا في عتق عبد اخر لكون المحل قابلا
للعتق ولا يصلح شرطا في عتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز ان يتعلق
بشرط واحد جزا آن ثم ينزل عند وجوده احدهما م لمانع كمن قال لامرأته م دون الآخر صح
اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت حضت وكذبها يقع
الطلاق عليها ولا يقع علي الاخرى وان كان الشرط واحدا كذا هنا واما
التعليق بدخول الدار فانما لم يتقيد بالملك لان التقييد للتصحيح والايجاب
هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط الا ترى
انه يقف علي اجازة المالك والباطل لا يقف علي الاجازة وانما الملك شرط
النفاذ اما هاهنا فلا وجه لتصحيح الايجاب في الميت راسا لعدم احتمال
المحل اذ لا سبيل الي اعتاق الميت بوجه فدعت الضرورة الي التقييد
بوصف الحياة وذكر محمد رحمه الله في الاصل اذا قال اول عبد يدخل
علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حي عتق الحي ولم يذكر خلافا
فمن اصحابنا من قال هذا قول ابي حنيفة خاصة لان ما اضيف اليه الايجاب
وهو العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فصار كانه قال اول عبد
يدخل علي حيا فهو حر كما في الولادة واما عندهما فلا يعتق لان الحالف اطلق
اسم العبد فيجري علي اطلاقه ولا يتقيد بحياة العبد كما في الولادة ومنهم
من قال هذا قولهم جميعا قاله القدوري وهو الصحيح لانه علق العتق
باسم العبد والعبد اسم للمرقوق وقد بطل الرق بالموت فلم يوجد
الشرط بادخاله عليه فعتق الثاني لوجود الشرط في حقه بخلاف
الولد لان الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة فان قيل الرق لا يبطل
بالموت بدليل انه يجب علي المولي كفن عبده الميت فالجواب ان وجوب الكفن
لا يدل علي الملك الا ترى ان من مات ولم يترك شيئا فكفنه علي اقاربه وان لم

يكن

بلغ

يكن هناك ملك واذا زال ملكه عن الميت صار الثاني اول عبد أُدخل عليه فوجد
الشرط فيعتق ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لي فهو حر ويقع علي ما في
ملكه للحال حتي لو لم يكن يملك شيئا يوم الحلف كان اليمين لغوا حتي لو ملك
في المستقبل لا يعتق لان هذا الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يتعلق به عتق
م في الحال صح ما ليس بمملوك له م وكذا اذا علق بشرط قدم الشرط او اخر بان قال ان دخلت
م او اذا ما دخلت صح هذه الدار فكل مملوك لي حر او قال اذا دخلت الدار م او متي او متيما او قال
كل مملوك لي حر ان دخلت الدار فهذا كله علي ما في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال
كل مملوك املكه ولا نية له لان صيغة افعل وان كانت تستعمل للحال
والاستقبال لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة اما
العرف فان من قال فلان ياكل ~~او يفعل~~ او يفعل كذا يريد به الحال ويقول
الرجل ان فلانا يملك الف درهم ويريد به الحال واما الشرع فان من
قال اشهد ان لا اله الا الله يكون مومنا ولو قال اشهد ان لفلان علي فلان
كذا يكون شاهدا ولو قال اقر ان لفلان علي كذا صح اقراره واما اللغة فان
هذه الصيغة موضوعة للحال علي طريق الاصالة لانه ليس للحال صيغة
اخرى وللاستقبال سين وسوف فكانت الحال اصلا فيها والاستقبال
دخيلا فعند الاطلاق يصرف الي الحال ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه
عتق ما في ملكه في الحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا ان ظاهر هذه الصيغة
للحال فاذا قال اردت به الاستقبال فقد اراد صرف الكلام عن ظاهره فلا
يصدق فيه ويصدق في قوله اردت ما يحدث ملكي فيه في المستقبل فيعتق
عليه باقراره كما اذا قال زينب طالق وله امراة معروفة بهذا الاسم ثم قال
لي امراة اخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المعروفة بظاهر اللفظ والمجهولة
باعترافه كذا هاهنا ولذا لو قال كل مملوك املكه الساعة فهو حر ان هذا يقع
علي ما في ملكه وقت الحلف ولا يعتق ما يستفيد بعد ذلك الا ان يكون
م المذكورة هي الساعة صح نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان المراد من الساعة م المعروفة عند الناس وهي
الحالة لا الساعة الزمانية التي يذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من
كان في ملكه وقت التكلم لا من يستفيد من بعد فان قال اردت به من
~~استحدث ملكه~~ استفيد في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ
يحتمله وفيه تشديد علي نفسه ولكن لا يصدق في صرف اللفظ عمن يكون في
ملكه للحال وسوا اطلق او علق م العتق بشرط فيتناول ما في ملكه لا ما يستفيد

م بشرط قدم الشرط او اخر
بان قال ان دخلت الدار فكل مملوك
املكه حر او قال كل مملوك املكه حر
ان دخلت الدار وهذا والاول سواء
فان اليمين انما تتعلق بما في ملكه يوم
حلف لانه علق صح

كما اذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر فان قال اردت به ما استحدث ملكه
عتق ما في ملكه اذا وجد الشرط باليمين وما يستحدث باقراره لانه لا يصدق
في صرف الكلام عن ظاهره ويصدق في التشديد على نفسه فان لم يكن في
ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو لانها تتناول الحال فاذا لم يكن له مملوك
للحال لا ينعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله ان كلمت فلانا او
ان دخلت الدار فكل مملوك اشتريه فهو حر او كل امراة اتزوجها فهي طالق
لان قوله اشتري او اتزوج لا يحتمل الحال فاقتضى ملكا مستانفا فقد جعل
الكلام او الدخول شرطا لانعقاد اليمين فيمن يشتري او يتزوج فيعتق ذلك
بعد اليمين فيمن يشتري او يتزوج فيعتق ذلك بعد اليمين ولو قال كل مملوك
املكه اليوم فهو حر وله مملوك فاستفاد في يومه ذلك مملوكا اخر عتق ما
في ملكه وما استفاد ملكه في اليوم وكذلك لو قال هذا الشهر او هذه
السنة لانه لما وقت بالشهر او اليوم او السنة فلا بد وان يكون التوقيت
مفيدا ولو لم يتناول الا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مفيدا فان قال عنيت احد
الصنفين دون الاخر لم يدين في القضا لانه نوى تخصيص العموم وانه خلاف
الظاهر فلا يصدق في القضا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان الله
تعالى مطلع على نيته ولو قال كل مملوك املكه غدا فهو حر ولا نية له ذكر محمد
رحمه الله في الجامع انه يعتق من في ملكه في غد ولا يعتق من جا غد وهو في
ملكه وهو احدى روايتي ابن سماعة عن محمد وجه قول محمد انه اوجب
العتق لكل من يضاف اليه الملك في غد فيتناول الذي ملكه في غد والذي
كان في ملكه قبل الغد كل مملوك املكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه
قول ابي يوسف ان قوله املك وان كان للحال عند الاطلاق لكنه لما اضاف
العتق الى زمان في المستقبل انصرف الى الاستقبال بهذه القرينة كما
ينصرف اليه بقرينة سين وسوف فلا يتناول الحال وعلى هذا
الخلاف اذا قال كل مملوك املكه راس الشهر اول ساعة منه لان راس
كل شهر ما راس عليه وهو اوله الا انهم جعلوه اسما لما ذكرنا للعرف والعادة
فانه يقال في العرف والعادة لاول يوم من الشهر راس الشهر وروى ابن
سماعة عن ابي يوسف فيمن قال كل مملوك املكه يوم الجمعة فهو حر قال ليس
هذا على ما في ملكه انما هو على ما يملكه يوم الجمعة وعلى اصل ابي يوسف صحيح لانه
اضاف العتق الى زمان مستقبل فان قال كل مملوك لي يوم الجمعة حر فهذا على

من في ملكه يوم الجمعة ليس هذا على ما يستقبل لانه عقد يمينه على من في ملكه في الحال
وجعل عتقهم موقتا بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال فاما اذا قال كل مملوك
املكه اذا جا غد فهو حر فهذا على ما في ملكه في قولهم لانه جعل مجي الغد شرطا
لثبوت العتق لا غير فيعتق من في ملكه لكن عند مجي غد والله الموفق ومن
هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول عند بعض مشايخنا انه تعليق
معنى لا صورة ولا يثبت العتق في احدهما قبل الاختيار وانما يثبت عند الاختيار
في احدهما عينا وهو الذي يختاره مقصورا على الحال كانه علق عتق احدهما بشرط
شرط اختيار العتق فيه كالتعليق بساير الشروط من دخول الدار وغير ذلك
الا ان ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وها هنا يدخل على الحكم
لا على السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار وقال بعض مشايخنا في كيفية الاعتاق
المضاف الى المجهول وبعضهم نسب هذا القول الى ابي يوسف رحمه الله وقال
انه قول ابي حنيفة ايضا وقال بعضهم هو تنجيز العتق في غير العين للحال
واختيار العتق بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من
حين وجوده وبعضهم نسب هذا القول الى محمد رحمه الله والحاصل ان
الخلاف في كيفية هذا التصرف على الوجه الذي وصفنا غير منصوص
عليه من اصحابنا لكنه عن محمد اول عليه ومشار اليه اما الدلالة فانه ظهر
الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد في الطلاق فيمن قال لامراتيه احداكما
طالق ان العدة معتبرة من وقت الاختيار في قول ابي يوسف والعدة انما
تعتبر من وقت وقوع الطلاق فيدل على ان الطلاق لم يكن واقعا وانما
يقع عند الاختيار مقصورا عليه وفي قول محمد يعتبر من وقت الكلام السابق
وهذا يدل على ان الطلاق قد وقع من حين وجوده وانما الاختيار بيان
وتعيين لمن وقع عليها الطلاق واما الاشارة فانه روي عن ابي يوسف
انه قال اذا اعتق احد عبديه تعلق العتق بذمته ويقال له اعتق وهذا
اشارة الى ان العتق غير نازل في المحل اذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى
قوله يقال له اعتق اي اختر العتق اجماعا على انه لا يكلف بانشا العتق
وذكر محمد رحمه الله في الزيادات يقال له بين وهذا اشارة الى الوقوع في
غير العين لان البيان للموجود لا للمعدوم والى هذا ذهب الكرخي والقدوري
وحققا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد الا ان القدوري حكى عن الكرخي انه كان
يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا في الطلاق بالاجماع من قبل

ان العتاق يحتمل الثبوت في الذمة والطلاق لا يحتمل قال وكان غيره من اصحابنا
يسوي بينهما لان الطلاق ايضا يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة الا ترى ان الفرقة
واجبة على العنين وانما يقوم القاضي مقامه في التفريق وهو الصحيح لانهما
يستويان لان تعليق العتق بالذمة ليس معناه الا انعقاد سبب الوقوع من غير
وقوع وهو معنى حق الحرية دون الحقيقة وهما في هذا المعنى يستويان
حق الحرية
وجه القول الاول ان قوله احدكما حر تنجيز الحرية في احدهما وليس
بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق الا انه تنجيز في غير العين فيتعين
بالاختيار وجه القول الثاني ان العتق اما ان يثبت باختيار العتق واما
ان يثبت بالكلام السابق والاول لا سبيل اليه لان اختيار العتق لم يعرف اعتاقا
في الشرع الا ترى انه لو قال لعبده اخترت عتقك لا يعتق فلا بد وان
يثبت بالكلام السابق فلا يخلو اما ان يثبت حال وجوده في احدهما غير
عين واما ان يثبت عند وجود الاختيار في احدهما عينا وهو تفسير التعليق
ويتعين باختياره صح
بشرط الاختيار لا وجه للاول لانه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال
الحرية من الحر الى الرقيق وانتقال الرق من الرقيق الى الحر واسترقاق الحر
والاول محال والثاني محال غير مشروع فتعين الثاني ضرورة وهو ان يثبت
العتق عند وجود الاختيار بالكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو
تفسير التعليق ثم القايلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان منهم من قال
البيان اظهار محض ومنهم من قال انه اظهار من وجه وانشا من وجه
واستدلوا بما ذكر محمد رحمه الله في الزيادات في موضع يقال له اعتق
في موضع يقال له بيّن صح
وزعموا ان المسايل تخرج عليه وهذا غير سديد لان القول الواحد لا يكون
اظهارا وانشا اذ الانشا اثبات امر لم يكن والاظهار ابدا امر كاين وبينهما
تنافي وثمرة هذا الخلاف تظهر في الاحكام وانها في الظاهر متعارضة
بعضها يدل على صحة القول الاول وبعضها يدل على صحة القول الثاني
ونحن نشير الى كل ذلك اذا انتهينا الى بيان حكم الاعتاق وبيان وقت
ثبوت حكمه واما ترجيح احد القولين على الاخر وتخريج المسايل عليه
فمذكور في الخلافيات واما التعليق بالملك او بسببه صورة ومعنى فنحو
ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت حر وانه صحيح عندنا حتى لو ملكه
او ان اشتريتك فانت حر صح
او اشتراه يعتق وان لم يكن الملك موجودا وقت التعليق وقال الشافعي
رحمه الله لا يصح ولا يعتق وقال بشر المريسي يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب

الملك

الملك وهو الشرا اما الكلام مع الشافعي فعلى نحو ما ذكرنا في كتاب الطلاق
واما مع بشر فوجه قوله ان اليمين بالطلاق لا يصح الا في الملك او مضافا
والعتاق صح
الى الملك ولم يوجد الاضافة الى الملك لان الشرا قد يفيد الملك للمشتري
وقد لا يفيد كالشرا بشرط الخيار وشرا الوكيل فلم توجد الاضافة الى
الملك فلا يصح بخلاف قوله ان ملكتك ولنا ان مطلق الشرا ينصرف
الى الشرا المعتاد وهو الشرا لنفسه ومن غير شرط الخيار وانه من اسباب
الملك فكان ذكره ذكرا للملك والاضافة اليه اضافة الى الملك كانه قال ان
ملكتك فانت حر ولانه لما علق العتق بالشرا ولا بد من الملك عند الشرا
لثبوت العتق كان هذا تعليق العتق بالشرا الموجب للملك كانه قال ان
اشتريتك شرا موجبا للملك فانت حر فاذا اشترى شرا موجبا للملك فقد
فيعتق صح
وجد الشرط ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فاشترى جارية
فتسراها لا تعتق عند اصحابنا الثلاثة ولو تسرى جارية كانت في ملكه
وعند زفر تعتق صح
يوم حلف عتقت بالاجماع وجه قول زفر انه وجدت الاضافة الى
الملك لان التسري لا يصح بدون الملك فكانت الاضافة الى التسري اضافة
الى الملك فيصح التعليق ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة
الى الملك والكلام فيه ولا الى سبب الملك لان التسري ليس من اسباب الملك
الا ترى انه يتحقق في غير الملك كالجارية المغصوبة واليمين بالعتاق والطلاق
لا يصح الا في الملك او مضافا الى الملك او سببه ولم يوجد شي من ذلك واما
قوله ان التسري لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم ان الملك شرط صحة
التسري وجوازه لكن الحالف جعل نفس التسري ووجوده شرطا والتسري
العتق صح
نفسه يوجد في غير الملك فلم يكن التعليق به تعليقا بسبب الملك فلا
التسري
يصح ثم اختلف في تفسير التسري قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله هو
ان يطاها ويحصنها ويمنعها من الخروج والبروز سوا طلب منها الولد او لم
يطلب وقال ابو يوسف طلب الولد مع التحصين شرط وجه قوله ان
الانسان يطا جاريته ويحصنها ولا يقال لها سرية وانما يقال ذلك اذا
كان يطلب منها الولد وتكون ام ولد هذا هو العرف والعادة ولهما انه
ليس في لفظ التسري ما يدل على طلب الولد لانه اما ان يكون ماخوذا من السرو
لا يخلو صح
وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى انها اسرى الجواري اي اشرفهن
واما ان يكون ماخوذا من السر وهو الجماع قال الله تعالى ولكن لا تواعدوهن

سرا قبل جماعا وليس في احدهما ما ينبي عن طلب الولد ولو وطي جارية كانت
في ملكه يوم الحلف فعلقت منه لم تعتق لعدم التسري لانه لم يوجد
منه الا الوطي والوطي وحده لا يكون تسريا بلا خلاف فلم يوجد شرط
العتق فلا تعتق ولو قال لامراة حرة ان ملكتك فانت حرة او قال لها ان
اشتريتك فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها
الحالف ذكر محمد رحمه الله في الجامع ان على قياس قول ابي حنيفة لا تعتق
وعند ابي يوسف ومحمد تعتق يعني به قياس قوله في المكاتب والعبد
المأذون اذا قال كل عبد املكه فيما استقبل فهو حر او قال كل عبد اشتريه
فهو حر فعتق ثم ملك عبدا او اشترى عبدا على قول ابي حنيفة لا يعتق وعلى
قولهما يعتق والمسألة تاتي في موضعها ولو قال لامة لا يملكها ان اشتريتك
فانت حرة بعد موتي فاشتراها صارت مدبرة لانه علق تدبيرها بسبب
الملك وهو الشرا لان قوله انت حرة بعد موتي صورة التدبير وقد علقه
بالشرا فيصير عند الشرا قائلا انت حرة بعد موتي واما التعليق بالملك او
سببه معنى لا صورة فهو ان يقول الحر كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر
ويتعلق العتق بملك يستقبله لانه نص على الاستقبال وروى ابن سماعة
عن محمد رحمه الله في النوادر اذا قال كل جارية اشتريها الى سنة فهي حرة
ساعة يشتريها وان قال كل جارية اشتريتها فهي حرة الى سنة فاشترى
جارية لم تعتق الى سنة لان في الفصل الاول عقد يمينه على الشرا في السنة
فتعتق كل جارية يشتريها في السنة ساعة الشرا كانه قال عند الشرا انت
حرة فتعتق وفي الفصل الثاني جعل الشرا شرط العتق موقت بالسنة فكانه
قال بعد الشرا انت حرة الى سنة قال ولو قال كل مملوك اشتريه فهو حر
غدا فهذا عندي على كل مملوك يشتريه قبل الغد فان اشترى مملوكا غدا لا
يعتق لانه جعل الشرا شرط النزول حريته موقتة بوجود الغد فلا بد
من تقدم الملك على الغد لينزل العتق الموقت به ولو قال كل مملوك املكه الى
ثلاثين سنة فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة اولها من حين حلف
بعد سكوته في قولهم جميعا ولا يكون على ما ملكه قبل ذلك لانه لما اضاف
العتق الى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل واذا انصرف الى الاستقبال لا يحمل
على الحال لان اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غدا عند
محمد لان ذلك ليس اضافة الى الاستقبال بل هو ايقاع عتق على موصوف بصفة

فيتناول

فيتناول من كان على تلك الصفة وكذلك اذا قال كل مملوك املكه ثلاثين سنة
او في ثلاثين سنة او قال املكه الى سنة او سنة او في سنة او قال املكه ابدا
او الى ان اموت فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان في ملكه
لانه اضاف الحرية الى المستقبل فان قال اردت بقولي كل مملوك املكه سنة
ان يكون ما في ملكه يوم حلف مستقبلا ما سنة دين فيما بينه وبين الله تعالى
ولم يدين في القضا لان الظاهر انه وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار
الملك القايم فلا يصدق في العدول عن الظاهر ولو قال اذا دخلت الدار
فكل مملوك املكه يوميذ فهو حر او قال اذا قدم فلان فكل مملوك املكه يوميذ
فهو حر ولا نية له عتق ما في ملكه يوم دخل الدار لانه علق عتق كل عبد يكون
مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان معنى قوله يوميذ اي يوم الدخول هذا هو
مقتضى اللغة لان تقديره يوم اذ دخل الدار الا انه حذف الفعل وعوض
عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكا له يوم الدخول فكانه قال عند الدخول
كل مملوك لي فهو حر وسوا دخل الدار ليلا او نهارا لان اليوم يذكر ويراد به
الوقت المطلق قال الله تعالى ومن يولهم يوميذ دبره الا متحرفا لقتال او
متحيزا الى فية فقد باء بغضب من الله وماواه جهنم وبيس المصير وهذا
الوعيد يلحق المولي دبره ليلا ونهارا ولان غرض الحالف الامتناع من تحصيل
الشرط فلا يختص بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك اشتريته فهو حر
ان كلمت فلانا او اذا جا غد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام
فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم كلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق
ولو قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا او اذا كلمت فلانا او اذا جا غد فكل
مملوك اشتريه فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله حتى لو كان
اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشترى بعده
يعتق ووجه الفرق ان في الفصل الاول جعل الكلام شرط انحلال اليمين
لان قوله كل مملوك اشتريه فهو حر يمين تامة لوجود الشرط والجزا فاذا
قال ان كلمت فلانا فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها فاذا كلمه انحلت
فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله كل مملوك لي حر ان دخلت الدار وفي الفصل الثاني
جعل كلام فلان شرط انعقاد اليمين فاذا كلمه الان انعقدت اليمين فيدخل
فيه ما بعده لا ما قبله فيصير كانه قال عند الكلام كل مملوك اشتريه فهو حر
وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل مملوك اشتريه اذا دخلت الدار فهو حر

او قال ان قدم فلان وبنى على ما يشتري بعد الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق
ما اشتري قبل ذلك الا بعينه لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين فيصير
عند دخول الدار كانه قال كل مملوك اشتريه فهو حر والدليل على انه جعل
دخول الدار شرطا انعقاد اليمين ان قوله كل مملوك اشتريه شرط وقوله
اذا دخلت الدار شرط اخر ولا يمكن ان يجعلا شرطا واحدا لعدم حرف العطف
ولا سبيل الى الغاء الشرط الثاني لان الغاء تصرف العاقل مع امكان تصحيحه
خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان احدهما ان يجعل الشرط الثاني مع جزائه
يمينا وجزاء الشرط الاول وحينئذ لا بد من ادراج حرف الفاء لان الجزاء المتعقب
للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير والثاني ان يجعل شرط
الانعقاد وفيه تغيير ايضا بجعل المقدم من الشرطين مؤخرا الا ان التغيير فيه
تبديل محل الكلام لا غير وفي الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثاني اقل تغييرا
فكان التصحيح به اولى وتسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض
شرط بين الشرط والجزاء ولو نوى الوجه الاول صحت نيته لان اللفظ يحتمله
وبهذا قال محمد رحمه الله الا ان يعني غير ذلك فيكون على ما عنى ولو قال
المكاتب او العبد المأذون كل عبد املكه فهو حر فعتق ثم ملك عبدا لا
يعتق لان قوله املك للحال لما يتناوله للحال نوع ملك الا انه غير صالح
للاعتاق فينحل اليمين لا الى جزاء ولو قال كل مملوك املكه اذا اعتقت فهو حر
فعتق فملك عبدا اعتق لانه علق العتق بالملك الحاصل بعد عتقه وانه
ملك صالح للاعتاق فصحت الاضافة بخلاف الصبي اذا قال كل مملوك املكه بعد
البلوغ فهو حر ثم بلغ فملك عبدا انه لا يعتق لان الصبي ليس من اهل الاعتاق
تنجيزا وتعليقا لكونه من التصرفات الضارة المحضة فاما العبد فهو من
اهله لكونه عاقلا بالغا الا انه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرطه وهو
الملك الصالح فاذا علق بملك يصلح شرطا له صح ولو قال كل مملوك املكه فيما
استقبل فهو حر او قال كل مملوك اشتريه فهو حر فعتق فملك بعد ذلك
عبدا او اشترى عبدا لا يعتق عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يعتق
وجه قولهما ان قوله املكه فيما استقبل يتناول كل ما يملكه الى اخر عمره
فيعمل بعموم اللفظ كما في الحر ولان في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه
وفي الحمل على الحال ابطاله فكان الحمل على الاستقبال اولى ولابي حنيفة رحمه الله
ان للمكاتب نوع ملك ضروري ينسب اليه في حالة الرق في حال الكتابة

بمنزلة

انه م

اقل لانه فيه م

اليمين المعترضة

بلغ

بمنزلة المجاز بمقابلة الملك المطلق الا ترى الى قول النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا
وله مال اضاف المال اليه بلام الملك ولان له نوع ملك وهو مراد بهذا
الايجاب بالاجماع بدليل انه لو قال ان ملكت هذا العبد بعينه في المستقبل
فهو حر فملكه في حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حرا لا يعتق وعلل
اليمين بالشراء الاول لان الملك المجازي مراد فخرجت الحقيقة من ان تكون مرادة
كيلا يؤدي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وقد قالوا في عبد
قال لله علي عتق نسمة او اطعام مساكين لزمه ذلك وكان عليه اذا اعتق لان
هذا ايجاب الاعتاق والاطعام في الذمة وذمته تحتمل الايجاب فيصح ويلزمه
الخروج عنه بعد العتق ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر او ان
اشتريت هذه الشاة فهي هدي لم يلزمه ذلك في قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله حتى يضيف الى ما بعد العتق فيقول ان اشتريته بعد العتق
وقال ابو يوسف ومحمد يلزمانه لان من اصل ابي حنيفة رحمه الله ان العبد
يضاف اليه الشراء في الحال وان كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية
والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة ومن اصلهما ان هذا يتناول ما من الشراء
في عمره وتصحيح اليمين اولى ايضا من ابطالها وقد قالوا جميعا في مكاتب
او عبد قال ان دخلت هذه الدار فعبدي هذا حر ثم اعتق فدخل الدار لم يعتق العبد
لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد الاضافة الى ما يصلح وقالوا
في حر قال لامرأة حرة اذا ملكتك فانت حرة او اذا اشتريتك فانت حرة فارتدت
ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف انها لا تعتق في قياس
قول ابي حنيفة وعندهما تعتق بناء على ان من اصل ابي حنيفة انه يحمل
الملك او الشراء على ما يقبله المحل في الحال وهو ملك النكاح ها هنا والشراء ايضا
يصلح عبارة عن سبب وهو النكاح والحرية ايضا تصلح عبارة عما يبطله
وهو الطلاق وكلام ابي حنيفة رحمه الله في هذا الفصل اظهر لان اليمين
يحمل على ما يسبق الى الاوهام ولا تنصرف الاوهام الى ارتدادها ولحوقها
بدار الحرب وسبيها لان هذا غير مظنون بالمسلمة وكان صرف كلامه الى
ما لا يسبق اليه الاوهام ومن اصلهما انه يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقي
الصالح للاعتاق وهو الذي يوجد بعد السبي ولو قال لها اذا ارتدت
فسبيت فملكتك او اشتريتك فانت حرة وكان ذلك عتقت لانه اضاف
العتق الى الملك الحقيقي فيضاف اليه والله اعلم ومن هذا القبيل اذا قال

وعلل م

ما يستقبل م

ت

هو الملك م

فيما ذكرنا اولى من صرفه الى

في قولهم م

او لعبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق
وقد وجد ولو اشترى عبدين معا لم يعتق احدهما لانه ان وجد
معنى السبق فلم يوجد معنى التفرد فان اشترى عبدين معا ثم اشترى
عبدا لم يعتق الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد انعدم معنى السبق
وقد استشهد محمد رحمه الله في الكتاب لبيان ان الثالث ليس باول انه
لو قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى عبدا ثم
مات المولى انه يعتق الثالث فدل انه اخر واذا كان اخرا لا يكون اولا
ضرورة لاستحالة ان يكون ذات واحد من المخلوقين اولا واخرا ولو
قال اول عبد اشتريه واحدا فهو حر عتق الثالث لانه اعتق عبدا اتصف
بكونه فردا سابقا في حالة الشرا وقد وجد هذا الوصف في العبد الثالث
ولو قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يشتر غيره حتى
مات المولى لم يعتق لان الاخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان اولا
لا اخرا ولو اشترى عبدا ثم مات المولى عتق الثاني لانه اخر عبد اشتراه واختلف — ثم عبدا صح
في وقت ثبوت العتق فعند ابي حنيفة يعتق يوم اشترا وعند ابي يوسف ومحمد
يوم مات وجه قولهما انه علق العتق بصفة الاخرية وانما يتحقق
عند موته اذا لم يشتر اخر لانه لو اشترى بعده اخر خرج هو من ان يكون — عبدا صح
اخرا فتوقف اتصافه بكونه اخرا على عدم الشرا بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت
ولابي حنيفة انه لما لم يشتر اخر حتى مات تبين انه كان اخرا من حين اشتراه
الا انا كنا لا نعرف ذلك لجواز ان يشتري اخر بعده فتوقفنا في تسميته اخرا
فاذا لم يشتر اخر حتى مات زال التوقف وتبين انه كان اخرا من وقت
الشرا ولو اشترى عبدا ثم عبدين معا لم يعتق احدهم اما الاول فلا شك فيه لانه
اول فلا يكون اخرا واما الاخران فلان الاخر اسم لفرد لاحق ولم يوجد معنى
التفرد فلا يعتق احدهما واما بيان ما يظهر ما يظهر به وجود الشرط
فالحالف لا يخلو اما ان يكون مقرا بوجود الشرط واما ان يكون منكرا وجوده
فان كان مقرا يظهر باقراره كائنا ما كان الشرط فان كان الشرط مما لا يعرف — وان كان منكرا صح
الا من قبل المحلوف بعتقه كمشيته ومحبته وبغضه والحيض ونحو ذلك
يظهر بقوله وان اختلفا كان القول قوله لانه اذا كان امرا لا يعرف الا من
قبله كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان كان امرا يمكن الوصول
اليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك اذا اختلفا

لا

لا يظهر الا ببينة تقوم عليه من العبد ويكون القول عند عدم البينة قول المولى لان
العبد يدعي عليه العتق وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولو كان الشرط
ولادة الامة بان قال لها ان ولدت فانت حرة فقالت ولدت وكذبها المولى
فشهدت امراة على الولادة لا تعتق عند ابي حنيفة حتى يشهد على الولادة
رجلان او رجل وامراتان وعندهما تعتق بشهادة امراة واحدة ثقة والمسئلة
قد مرت في فصول العدة من كتاب الطلاق واما الثالث وهو بيان من
يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل فنقول وبالله
التوفيق يدخل تحته عبد الرهن والوديعة والابق والمغصوب والمسلم
والكافر والذكر والانثى لانعدام الخلل في الملك والاضافة ولو قال عنيت
به من الذكور دون الاناث لم يدين في القضا لانه ادخل كلمة الاحاطة على
المملوك فاذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر
فلا يصدق في القضا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله — نوى صح
كلامه ويدخل فيه المدبر والمدبرة وام الولد وولدها لما قلنا الا ترى
ان للمولى ان يطا المدبرة وام الولد مع ان حل الوطي منفي شرعا الا باحد
نوعي الملك مطلقا بقوله تعالى والذين هم حافظون الا على ازواجهم — لفروجهم صح
او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين ولا يدخل فيه المكاتب الا ان يعنيه
لانه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا يدا فاختل الملك والاضافة
فلا يدخل تحت اطلاق اسم المملوك ولا يحل له وطيها ولو وطيها العقر — يلزمه صح
وان عنى المكاتبين عتقوا لان الاسم يحتمل ما عنى وفيه تشديد على
نفسه فيصدق وكذا لا يدخل فيه عبد الذي اعتق بعضه لانه حر
عندهما وعنده بمنزلة المكاتب ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه
دين او لم يكن فهل يدخلون قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يدخلون الا ان — واما عبيد عبده المأذون اذا لم يكن عليه دين صح
ينويهم وقال محمد يدخلون من غير نية وجه قول محمد انه اذا لم يكن على العبد
دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق ولهما ان في الاضافة اليه قصورا
الا ترى انه يقال هذا عبد فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الاضافة
الا بالنية لانه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الاضافة والحاصل ان محمدا رحمه الله
يعتبر نفس الملك ولا خلل في نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفي الاضافة
خلل واعتبارهما اولى لان الحالف اعتبرهما جميعا بقوله كل مملوك لي فما لم يوجدا
على الاطلاق لا يعتق وان نواهم عند ابي حنيفة بناء على اصله ان المولى لا يملك عبيد — وان كان على عبده دين محيط برقبته وبما في يده لم يعتق عبيده صح

عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه وقال ابو يوسف ان
نواهم عتقوا الا انهم مماليكه الا انهم لا يضافون اليه عند الاطلاق فاذا نوى وفيه
تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوهم بناء على ما ذكرنا
ان محمدا رحمه الله لا ينظر الا الى الملك وهما ينظران الى الملك والاضافة جميعا
ولا يدخل فيه مملوك بينه وبين اجنبي كذا قال ابو يوسف رحمه الله لان بعض
المملوك لا يسمى مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه نوى ما يحتمله
لفظه في الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل يدخل فيه الحمل
ان كانت امه في ملكه يدخل ويعتق بعتقها وان كان في ملكه الحمل دون
الام بان كان موصى له بالحمل لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الاطلاق لان في
وجوده خطرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه والدليل عليه انه لو
قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملا لم يعتقا لان
شرط الحنث شرا مملوكين والحمل لا يسمى مملوكا على الاطلاق وكذا لو قال
لامته كل مملوك لي غيرك فهو حر لم يعتق حملها فثبت ان اطلاق اسم المملوك
لا يتناول الحمل فلا يعتق الا اذا كانت امه في ملكه فيعتق بعتقها لانه في
حكم اجزايها واما التعليق الذي فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والاعتاق
على مال اما الكتابة فلها كتاب مفرد واما الاعتاق على مال فالكلام
فيه في مواضع في بيان الفاظه وفي بيان ماهية الاعتاق على مال وفي بيان ما
يصح تسميته فيه من البدل وما لا يصح وفي بيان حكم صحة التسمية وفسادها
اما الاول فنحو ان يقول لعبده انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان
تعطيني الف درهم او على ان تؤدي الي الفا او على ان تجيئني بالف او على ان لي
عليك الفا او على الف درهم تؤديها الي وكذا لو قال بعت نفسك منك على ان كذا او وهبت لك نفسك على م
تعوضني كذا فهذا وقوله انت حر على كذا او اعتقتك على كذا سوا اذا قبل
عتق والمال دين عليه لما ذكرنا فيما تقدم ان البيع ازالة ملك البايع عن المبيع
والهبة ازالة ملك الواهب عن الموهوب ثم ان كان المشتري والموهوب له
ممن يصح له الملك في المبيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد ممن لا يصح
ان يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فبقي البيع والهبة ازالة ملك الا الى احد
ببدل على العبد وهو تفسير الاعتاق على مال ولو قال انت حر وعليك الف درهم
يعتق من غير قبول عند ابي حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فاذا قبل م ولا يلزمه المال صح
عتق ولزمه المال وعلى هذا الخلاف اذا قال العبد لمولاه اعتقني ولك الف

درهم

درهم فاعتقه والمسلة ذكرت في كتاب الطلاق واما بيان ماهيته فالاعتاق
على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فيراعى
فيه من جانبه احكام التعليق حتى لو ابتدا المولى فقال انت حر على الف درهم
ثم اراد ان يرجع عنه قبل قبول العبد لا يملك الرجوع عنه ولا الفسخ ولا النهي
عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد ولا يشترط حضور ر
العبد حتى لو كان غايبا عن المجلس صح ويصح تعليقه بشرط واضافته الى وقت
بان يقول اذا دخلت الدار او ان كلمت فلانا فانت حر على الف درهم او يقول
انت حر على الف درهم غدا او راس شهر كذا او نحو ذلك ولا يصح شرط الخيار
فيه بان قال انت حر على الف درهم على اني بالخيار فيه ثلاثة ايام ومن جانب
العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعتق لانه من جانبه تمليك المال
بعوض وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه احكام معاوضة المال كالبيع م من جانبه صح
ونحوه حتى لو ابتدا العبد فقال اشتريت نفسي منك بكذا فله ان يرجع عنه
ويبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المولى وبقيامه ايضا ولا يقف على
الغايب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت بان
قال اشتريت نفسي منك بكذا اذا جا غد او قال عند راس شهر كذا ولو
قال اذا جا غد فاعتقني على كذا جاز لان هذا توكيل منه بالاعتاق حتى يملك
العبد عزله قبل وجود الشرط وبعده قبل ان يعتق ولو لم يعزله حتى اعتقه
نفذ اعتاقه ويجوز بشرط الخيار له عند ابي حنيفة على ما ذكرنا في كتاب
الطلاق في فصل الخلع والطلاق على مال ولا يصح الاعتاق على مال الا في
الملك لان التعليق بما سوى الملك وسببه لا صحة له بدون الملك م من الشرط م
وكذا المعاوضة ويعتق العبد بنفس القبول لانه من جانبه تعليق العتق
بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل المعلق كالتعليق بدخول
الدار وغيره ومن جانب العبد معاوضة وزوال الملك عن المعوض يتعلق
بنفس قبول العوض في المعاوضات كالبيع ونحوه بخلاف قوله ان اديت
الي الفا فانت حر لانه ليس فيه معنى المعاوضة راسا بل هو تعليق محض وقد
علقه بشرط الادا فلا يعتق قبله والعتق هاهنا تعلق بالقبول فاذا قبل
عتق ولو قال المولى اعتقتك امس بالف درهم فلم تقبل فقال العبد قبلت
فالقول قول المولى مع يمينه لانه من جانب المولى تعليق بشرط القبول
والعبد يدعي وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول المولى كما لو قال

لعبده ان دخلت الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم والعبد يدعي الدخول وانكر المولى
كان القول قول المولى كذا ها هنا ولو كان هذا الاختلاف في البيع كان القول
قول المشتري بان قال البايع بعتك عبدي امس بالف درهم فلم تقبل فقال
المشتري قبلت فالقول قول المشتري والفرق ان البيع لا يكون بيعا الا بعد
قبول المشتري فاذا قال بعتك فقد اقر بالقبول فقوله فلم تقبل يريد
الرجوع عما اقر به وابطال ذلك فلم يقبل بخلاف الاعتاق على مال لان كونه
تعليقا لا يقف على وجود القبول من العبد انما ذاك شرط وقوع العتق وكان
الاختلاف واقعا في ثبوت العتق وعدمه فكان القول قول المولى ولو
اختلف المولى والعبد في مقدار البدل فالقول قول العبد لانه هو المستحق عليه
المال وكان القول قوله في القدر المستحق كما في ساير الديون ولانه لو وقع الاختلاف
في اصل الدين لكان القول قول المنكر فكذا اذا وقع في القدر فان اقاما بينة
فالبينة بينة المولى لانها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالاداء اذا اختلفا في
مبلغ المال فان القول فيه قول المولى لان الاختلاف هناك وقع في شرط ثبوت
العتق اذ هو تعليق محض فالعبد يدعي العتق على المولى وهو منكر وكان القول
قوله فان اقاما البينة فالبينة بينة العبد لان الاصل هو العمل بالبينتين ما
امكن اذ هو عمل بالدليلين وها هنا امكن الجمع بينهما لعدم التنافي لانا نجعل كان
المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق ثم اذا
قبل العبد عتق وصار البدل المذكور دينا في ذمته اذ كان مما يحتمل الثبوت
في الذمة في الجملة على ما نبين ويسعى وهو حر في جميع احكامه وذكر علي
الرازي اصلا فقال المستسعى على ضربين كل من يسعى لتخليص رقبته
فهو في حكم المكاتب عند ابي حنيفة وكل من يسعى في بدل رقبته الذي لزمه
بالعتق او في قيمة رقبته لاجل بدل اشترط عليه او لدين ثبت في رقبته
فهو بمنزلة الحر في احكامه مثل ان يعتق الراهن عبد المرهون وهو معسر
وكذلك العبد المأذون اذا اعتق وعليه دين وكذلك امة اعتقها سيدها
على ان تتزوجه فقبلت ثم ابت فانها تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرة وكذلك
اذا قال لعبده انت حر على قيمة رقبتك فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر وانما كان
كذلك لان السعاية في هذه الفصول لزمت بعد ثبوت الحرية وفي الفصل
الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل بالسعاية الى الحرية عند ابي حنيفة
رحمه الله وعلى هذا لو ابرا المولى المكاتب من بدل الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه

السعي لتخليص الرقبة والسعي في بدل الرقبة في حكم المكاتب

ان يؤدي الكتابة لان الابرا يصح من غير قبول الا انه يرتد بالرد لكن فيما يحتمل
الرد والعتق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد
فيعتق ويلزمه المال ولو قال لامته انت حرة على الف درهم فقبلت ثم
ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد ان يسعى في شيء مما اعتقت عليه لانها اعتقت
بالقبول ودين الحرة لا يلزم ولدها وسوا اعتق عبده على عوض فقبل او نصف
عبد على عوض انه يصح غير انه اذا اعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه — فقبل م
بالعوض ويسعى العبد في نصف قيمته على النصف الاخر فاذا ادى السعاية
عتق باقيه وهو قبل الاداء بمنزلة المكاتب في جميع احكامه الا انه لا يرد في
الرق وهذا قول ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف ومحمد يعتق كله ولا
سعاية عليه بنا على ان العتق يتجزى عنده فعتق البعض لا يوجب عتق
الباقي فيجب تخريجه الى العتاق فتلزمه السعاية وعندهما لا يتجزى فكان
عتق البعض بعوض عتقا للكل بذلك العوض وذكر محمد رحمه الله في
الزيادات فيمن قال لعبده انت حر على الف درهم انت حر على مائة دينار
فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه المالان جميعا وكذلك لو قال
لامراته انت طالق ثلاثا على مائة دينار طلقت ثلاثا بالمالين جميعا وهذا
قول محمد وقال ابو يوسف في مسلة الطلاق القبول على الكلام الاخير
وهي طالق ثلاثا بمائة دينار قال الكرخي وكذلك قياس قوله في العتق
ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم اوجبه بعوض اخر فقد انفسخ
الايجاب الاول فتعلق القبول بالثاني كما في البيع ولمحمد رحمه الله ان
الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ
فلم يتضمن الايجاب الثاني انفساخ الاول فيصح الايجابان وينصرف
القبول اليهما جميعا اذ هو يصلح جوابا لهما جميعا فيلزمه المالان جميعا
بخلاف البيع لان ايجاب البيع محتمل للفسخ فيتضمن الثاني انفساخ الاول
ولو باع المولى العبد من نفسه او وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع
العوض قبل القبض لانه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه
قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال مؤجل ويكون ذلك دينا عليه
مؤجلا وله ان يشتري به منه شيئا يدا بيد ولا خير فيه نسيئة لان من
اصل اصحابنا ان الديون جميعا يجوز التصرف فيها قبل القبض كاثمان
البياعات والقروض والغصوب الا بدل الصرف والسلم الا انه لا بد من

على الف درهم انت طالق ثلاثا

فقالت قد قبلت

القبض في المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو اعطاه كفيلا بالمال
الذي اعتقه عليه فهو جائز لانه صار حرا بالقبول والكفالة بدين على حر جائزة
كالكفالة بساير الديون وولاؤه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال
دين على العبد لانه من جانبه معاوضة والمولى ايضا لم يرض بخروجه
عن ملكه الا ببدل وقد قبله العبد والله اعلم واما بيان ما يصح تسميته
من البدل وما لا يصح وبيان حكم صحة التسمية وفسادها فالبدل لا يخلو
اما ان يكون عين مال واما ان يكون منفعة وهي الخدمة فان كان عين
مال فاما ان كان بعينه بان كان معينا مشارا اليه واما ان كان غير مشار
اليه فان كان بعينه عتق اذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة التسمية
عوضا ثم ان اجاز المالك سلم عينه الى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة
العين لان تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتجب قيمته
اذ الاعتاق على القيمة جائز كما اذا قال اعتقتك على قيمة رقبتك او على
قيمة هذا الشيء فقبل يعتق وكذا عدم الملك في باب البيع لا يمنع صحة
التسمية ايضا حتى لو اشترى شيئا بعبد مملوك لغيره صح العقد الا
ان هناك اذا لم يجز المالك ينفسخ العقد اذ لا سبيل الى ايقاعه على القيمة
اذ البيع بالقيمة بيع فاسد وهاهنا لا ينفسخ لامكان الايقاع على القيمة اذ
الاعتاق على القيمة اعتاق صحيح فتجب قيمته كما في النكاح والخلع والطلاق
على مال وان كان بغير عينه فان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة
كالمكيل والموزون فعليه المسمى وان كان معلوم الجنس والنوع مجهول
الصفة كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه
الوسط من ذلك واذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول لان جهالة الصفة لا تمنع
صحة التسمية فيما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح عن
دم العمد وان كان مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه
لان الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية والاصل فيه ان كل جهالة تزيد على
جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزايدة على جهالة مهر المثل
في باب النكاح والكلام فيه كالكلام في المهر وقد ذكرناه على الاستقصاء في كتاب
النكاح الا ان هناك اذا فسدت التسمية يجب مهر المثل وهاهنا يجب قيمة
العبد لان الموجب الاصلي هناك مهر المثل لانه قيمة البضع وهو العدل
والمصير الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت صير الى الموجب الاصلي

بيان صحة التسمية

م بغير عينه بان كان مسمى م

ط لانه مال معصوم متقوم معلوم م

هاهنا

والموجب الاصلي
هاهنا قيمة العبد لان الاعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى
المعاوضة على المعادلة وقيمة الشيء هي التي تعادله الا ان عند صحة التسمية
يعدل عنها الى المسمى فاذا فسدت وجب العوض الاصلي وهو قيمة نفس
العبد وان كان البدل منفعة وهي خدمته بان قال لعبده انت حر على ان
تخدمني سنة فقبل فهو حر حين قبل ذلك والخدمة عليه يوخذ بها لان
تسمية الخدمة قد صحت فيلزمه المسمى كما اذا اعتقه على مال عين فان
مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لانه قبل الخدمة للمولى وقد مات
المولى وللورثة ان ياخذوا العبد بقيمة نفسه وان كان قد خدم بعض
السنة فلهم ان ياخذوه بقدر ما بقي من الخدمة وهذا قول ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد يوخذ العبد بقيمة تمام الخدمة ان كان لم يخدم وان
كان قد خدم بعض السنة يوخذ بقيمة ما بقي من الخدمة وكذلك اذا قال
انت حر على ان تخدمني اربع سنين فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على
العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين ولو
كان العبد خدمه سنة ثم مات المولى فعلى قولهما على العبد ثلاثة ارباع
قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين وكذلك
لو مات العبد وترك مالا يقضي لمولاه في ماله بقيمة نفسه عندهما وعنده
يقضي بقيمة الخدمة واصل المسئلة ان من باع العبد من نفسه بجارية بعينها
ثم استحقت الجارية فعلى قولهما يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه وعلى
قول محمد يرجع عليه بقيمة الجارية وكذلك لو لم تستحق ولكنه وجد
بها عيبا فردها فهي على هذا الاختلاف وجملة الكلام فيه ان المولى اذا
قبض العوض ثم استحق من يده فان كان العوض بغير عينه كالمكيل والموزون
الموصوفين في الذمة او العروض والحيوان كالثوب الهروي والفرس
والعبد والجارية فعلى العبد مثله في المكيل والموزون والوسط في العروض
والحيوان لان العقد وقع على ما في الذمة وانما المقبوض عوض عما في
الذمة فاذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد
على حاله فله ان يرجع على العبد بمثله لما قلنا وان كان عرضا او حيوانا فقد
قال ابو حنيفة وابو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد يرجع
بقيمة المستحق وجه قول محمد ان العقد لم ينفسخ باستحقاق العوض
لانه لا يحتمل الفسخ فبقي موجبا تسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع

ط بعينه م

م بذلك وان كان عينا في العقد وهو مكيل او موزون فكذلك يرجع المولى على العبد ح

ح

عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد ولهما ان العقد انفسخ في حق احد
العوضين وهو المستحق لانه تبين انه وقع على عين هي ملك المستحق ولم
يجز واذا انفسخ العقد في حقه لم يبق موجبا على العبد تسليمه فلا يجب
عليه قيمته وانفساخه في حق احد العوضين يقتضي انفساخه في حق العوض
الاخر وهو نفس العبد الا انه تعذر اظهاره في صورة العبد فيجب اظهاره في
معناه وهو قيمته فيجب عليه رد قيمته قايما مقام رد عينه كمن باع عبدا
بجارية فاعتقها ومات العبد قبل التسليم انه يجب على البايع رد قيمة
العبد لا رد قيمة الجارية كذلك ها هنا ثم ما ذكرنا من الاختلاف في العيب
اذا كان فاحشا لان العيب الفاحش في هذا الباب يوجب الرد بالعيب بلا
خلاف كما في باب النكاح فاما اذا كان غير فاحش فكذلك عندهما واما
عند محمد فلا يملك رده لانه مبادلة المال بما ليس بمال فاشبه النكاح
والمراة في باب النكاح لا تملك رد المهر الا في العيب الفاحش فكذلك المولى
ها هنا ولو قال عبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف درهم فاشتراه للعبد
فالوكيل لا يخلو اما ان بين وقت الشرا انه يشتري نفس العبد له واما ان لم
يبين فان بين جاز الشرا وعتق العبد بقول الوكيل ويجب الثمن لانه اتى
بما وكل به فنفذ على الموكل ثم ذكر في الجامع ان المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل
يطالب العبد فقد جعل هذا التصرف في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع
ونحوه لان حقوق العقد انما ترجع على الوكيل في مثل هذه المعاوضة وذكر في
كتاب الوكالة انه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل واعتبر معاوضة المال
بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد وان لم
يبين يصير مشتريا لنفسه لا للعبد لانه اذا لم يبين فالبايع رضي بالبيع
لا بالاعتاق فلو قلنا انه يصير مشتريا للعبد ويعتق لكان فيه اثبات الولاية
على البايع من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكنه خالف في الثمن
بان اشترى بزيادة يكون مشتريا لنفسه لما قلنا هذا اذا امر العبد رجلا
فاما اذا امر رجل العبد بان يشتري نفسه من مولاه بالف درهم فاشترى
فان بين وقت الشرا انه يشتري للآمر يكون للآمر ولا يعتق لانه اشترى
للآمر لا لنفسه ويقع الشرا للآمر ويصير قابضا لنفسه بنفس العقد
لانه في يد نفسه وليس للبايع ان يحبسه لاستيفا الثمن لانه صار مسلما اياه
حيث عقد على شي هو في يده وهو نفسه ولو وجد الآمر به عيبا له ان يرده ولكن

العبد

العبد هو الذي يتولى الرد لانه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع الى العاقد
ولو لم يبين وقال لمولاه بع نفسي مني بالف درهم فباع صار مشتريا لنفسه
وعتق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذلك اذا بين وخالف امره يصير
مشتريا لنفسه ويعتق ولو قال لعبده واحد انت حر على الف درهم فقبل ان
يقبل قال له انت حر على مائة دينار فان قال قبلت بالمالين عتق ويلزمه
المالان جميعا بلا خلاف وان قال قبلت منهما ولم يبين فكذلك في قول محمد
وكذلك لو قال لامراته انت طالق ثلاثا على الف درهم انت طالق على مائة
دينار انها ان قالت قبلت بالمالين فالثلاث بالمالين بلا خلاف وان
ابهمت بان قالت قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا في قول محمد واما عند
ابي يوسف فالقبول على الكلام الاخير في المسئلتين جميعا ووجهه ان القبول
خرج عقيب الايجاب الاخير فينصرف اليه ولانه لما اوجب بعوض
ثم اوجب بعوض اخر تضمن الثاني انفساخ الاول كما في البيع فيتعلق القبول
بالمالين وهو الاخير كما في البيع ولمحمد رحمه الله الفرق بين الاعتاق والطلاق
على مال وبين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب
المولى والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثاني رفع الاول بخلاف
البيع لانه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثاني ارتفاع الاول هذا اذا قبل بالمالين
او قبل على الابهام فاما اذا قبل باحد المالين بان قال قبلت بالدراهم او قال
قبلت بالدنانير ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يعتق وعلل
٢ مع الشك ٣ بان للمولى ان يقول عنيتك بالمالين فلا يعتق بقبول احدهما وذكر ابو يو
سف في الامالي انه يعتق ووجهه ان المولى اتى بايجابين مختلفين فكان
للعبد ان يقبل ايهما شا ولو قال انت حر على الف درهم او مائة دينار فان
قبل باحد المالين عينا عتق بان قال قبلت بالدراهم او قال قبلت بالدنانير
لانه اعتقه باحد المالين وقد قبل باحد المالين فوجد شرط العتق فعتق
ولزمه ما قبل وان قبل احد المالين غير عين عتق ايضا لوجود الشرط ويلزمه
احد المالين والبيان اليه يختار ايهما شا وكذلك اذا قال قبلت ولم يبين يعتق
ويلزمه احد المالين وخيار التعيين اليه لان قوله قبلت يصلح جواب الايجاب
فيصير كانه قال قبلت باحدهما ولم يعين او قال قبلتهما وهناك يعتق وخيار
التعيين اليه كذا ها هنا وعلى هذا اذا قال لامراته انت طالق على الف درهم او على
مائة دينار فقبلت باحدهما عينا او غير عين او قبلت بالمالين او ابهمت لما قلنا في

بلغ

[illegible] ... وشرط العتق ... ويلزمه احد المالين ... عتقه على احد المالين

العتق وكذلك لو قال انت حر على الف درهم او على العبد الا ان ههنا اذا قبل بالمالين يعتق بالف ولا يخير لان الجنس متحد والتخيير بين الاقل والاكثر في الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار الا الاقل بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله اذا اضاف العتق الى معين فاما اذا اضافه الى مجهول بان قال لعبديه احدكما حر بالف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتى لو قبل احدهما ولم يقبل الاخر لا يعتق لان قوله احدكما كما يقع على القابل يقع على غير القابل فمن الجايز انه عنى به غير القابل الا ترى ان له ان يقول عنيت به غير القابل فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان قبلا جميعا فان قبل كل واحد منهما بخمس مائة لا يعتق واحد منهما لانه اعتق احدهما بالف لا بخمس مائة وان قبل كل واحد منهما بالف بان قال كل واحد منهما قبلت بالف او قال قبلت ولم يقل بالف او قالا قبلنا بالف او قالا قبلنا ولم يذكرا الالف عتق احدهما بالف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف ويقال للمولى اختر العتق في احدهما لانه هو الذي اجمل العتق وكان البيان اليه فايهما اختار عتق ولزمه الالف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمس مائة ويسعى في نصف قيمته لانه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فتقسم عليهما نصفين ولو قال احدكما حر بالف درهم فقبلا ثم قال احدكما حر بالف درهم او قال احدكما حر بغير شي فاللفظ الثاني لغو لانهما لما قبلا العتق بالايجاب الاول فقد صح الايجاب الثاني وهو تخيير العتق على احدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ الثاني الى احدهما فاذا صرفه الى احدهما عتق ذلك بغير شي لان التخيير حصل بغير بدل واما الاخر فان قبل البدل في المجلس يعتق والا فلا لان الايجاب الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد وفيه ضرب اشكال وهو ان شرط وجوب الحرية لاحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا الا قبول احدهما فينبغي ان لا يعتق العبد الاخر والجواب ان الايجاب اضيف الى احدهما الا ترى انه قال احدكما حر وقد وجد القبول من احدهما ههنا الا انه اذا لم يعتق احدهما يتوقف عتق احدهما على قبولهما جميعا لاحتمال انه اراد به الاخر فاذا عينه في التخيير علم انه ما اراده بالايجاب الاول لان اعتاق المعتق لا يتصور فتعين الاخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا جميعا قبل البيان عتقا لان العتق لم ينزل بالايجاب الاول لانه تعليق العتق

فقد نزل العتق في احدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما فالايجاب الثاني يقع جمعا بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا ثم قال احدكما حر بغير شي عتق احدهما بغير شي باللفظ الثاني لانهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالايجاب الاول ... نسخة

بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الايجاب الثاني فاذا قبلا جميعا فقد يعتقهما لان ايهما اريد بالايجاب الاول عتق بالقبول وايهما اريد بالايجاب الثاني عتق من غير قبول لانه ايجاب بغير بدل وكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق احدهما بالايجاب الاول وعتق الاخر بالايجاب الثاني فيعتقان ولا يقضي عليهما بشي لان احدهما وان عتق بالايجاب ببدل الا انه مجهول والقضا بايجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالا لرجل لك على احدنا الف درهم انه لا يلزمهما بهذا الاقرار شي لكون المقضي عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلا جميعا ولكن قبل احدهما لا يعتق الا احدهما لوجود شرط عتق احدهما وهو قبول احدهما في هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم ان صرف المولى اللفظ الثاني الى غير القابل عتق بغير شي وعتق القابل بالف وان صرف اللفظ الثاني الى القابل عتق القابل بغير شي وعتق غير القابل باللفظ الاول بالف ان قبل في المجلس لان القابل منهما يعتق بالايجاب الثاني وانه ايجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال لعبديه احدكما حر بغير شي ثم قال احدكما حر بالف درهم فالكلام الثاني لغو لان احدهما عتق بالايجاب الاول لوجود تخيير العتق في احدهما والثاني يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال احدكما حر بالف درهم فقبل ان يقبلا قال احدكما حر بماية دينار فان قبل كل واحد منهما العتق باحد المالين بان قبل احدهما بالف درهم وقبل الاخر بماية دينار او قبل احدهما بالمالين وقبل الاخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لان للمولى ان يجمع المالين على احدهما فيقول عنيتك بالمالين او يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك وان قبلا جميعا المالين بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين او قالا جميعا قبلنا عتقا بغير شي فيقال له اما ان يصرف اللفظين جميعا الى احدهما فتجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الاخر رقيقا واما ان يصرف احد اللفظين الى احدهما والاخر الى صاحبه فيعتق احدهما بالف درهم والاخر بماية دينار لان الايجابين وقعا صحيحين اما الاول فلا شك فيه لانه اضيف الى احد عبدين وكذا الثاني لان الايجاب الاول لم يتصل به القبول والعتق يتعلق بالقبول فالايجاب الثاني حصل مضافا الى احد عبدين فصح ومتى صح الايجاب الثاني فيحتمل انه عنى به من عناه بالايجاب الاول ويحتمل انه عنى به العبد الاخر لذلك خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما ثلاثة ارباعه بنصف المالين

تبقناه

الاول وانه ايجاب ببدل فيعتق ببدل وغير القابل يعتق بالايجاب ... م

لان احدهما حر بيقين لانه اراد بالايجاب الثاني غير من اراده بالاول كان الثابت
بالكلامين عتقين بكل كلام عتق وان اراد به عين من اراده بالاول كان الثابت
بالكلامين عتقا واحدا فاذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الاخر يثبت في
حال ولا يثبت في حال فيتنصف فيثبت عتق ونصف عتق بالمالين وليس
احدهما بكمال العتق باولى من الاخر فيقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب
كل واحد منهما ثلاثة ارباع العتق بنصف المالين ويسعى في ربع قيمته
ولو قال لعبد له بعينه انت حر على الف درهم فقبل ان يقبل جمع بينه وبين
عبد له اخر فقال احدكما حر بماية دينار فقالا قبلنا يخير المولى فان
شا صرف اللفظين الى المعين وعتق بالمالين جميعا وان شا صرف احد
اللفظين الى احدهما والاخر الى الاخر وعتق المعين بالف درهم وغير المعين
بماية دينار لان الايجابين صحيحان لما قلنا فيحتمل انه اراد بالثاني المعين ايضا
ويحتمل انه اراد به غير المعين فيقال له بين فاذا بين فالحكم للبيان وان
مات قبل البيان عتق المعين كله لانه دخل تحت الايجابين جميعا اما الايجاب
الاول فلا شك فيه لانه خصه به فلا يشاركه فيه غيره واما الايجاب الثاني
فلان قوله احدكما يقع على كل واحد منهما فاذا قبل الايجابين وجد شرط
عتقه فيعتق ويلزمه الف درهم وخمسون دينارا اما الالف فلانه لا
يشاركه الثاني فيها واما نصف الماية دينار فلانه في حال يلزمه ماية
دينار وهي ما اذا عناه باللفظين وفي حال لا يلزمه منها شي وهي ما اذا
عنى باللفظ الثاني غيره فيتنصف ذلك فيلزمه خمسون دينارا فاما غير
المعين فانه يعتق نصفه بنصف الماية لانه يعتق في حال ولا يعتق
في حال لانه ان عناه بالايجاب الثاني يعتق كله بكل الماية وان لم يعنه لا
يعتق منه شي ولا يلزمه شي فيعتق في حال ولا يعتق في حال فتعتبر الاحوال
ويعتق نصفه بنصف الماية وهو خمسون هذا اذا عرف المعين
من غير المعين فان لم يعرف وقال كل واحد منهما انا المعين يعتق من
كل واحد منهما ثلاثة ارباعه بنصف المالين وهو نصف الالف ونصف
الماية دينار لاستوايهما في ذلك والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كل
واحد منهما ثلاثة ارباع العتق ويسعى في ربع قيمته ولو قال لعبديه بلغ
احدكما حر على الف درهم والاخر على خمس ماية فان قالا جميعا قبلنا او قال كل
واحد منهما قبلت انا بالمالين او قال كل واحد منهما قبلت باكثر المالين عتقا

جميعا

جميعا ويلزم كل واحد منهما خمس ماية اما عتقهما فلان الايجابين خرجا على
الصحة بخروج كل واحد منهما بين عبدين والمراد بالايجاب الثاني هاهنا
غير المراد بالايجاب الاول فاذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما
جميعا وانقطع خيار المولى هاهنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما خمس ماية
لان احدهما عتق بالف والاخر بخمس ماية الا انا لا ندري الذي عليه الالف والذي
عليه الخمس ماية الا انا تيقنا بوجوب خمس ماية على كل واحد منهما وفي الفضل
شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كاثنين قالا لرجل لك علي احدنا الف
درهم وعلى الاخر خمس ماية يطالب كل واحد منهما بخمس ماية لما قلنا كذا هنا
ولو قبل احدهما باقل المالين والاخر باكثر المالين عتق الذي قبل العتق باكثر
المالين لانه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب بالاقل او بالايجاب بالاكثر
فتيقنا بعتقه ثم في الاكثر الاقل وزيادة فيلزمه خمس ماية كانه قال قبلت
بالمالين فيلزمه الاقل وهو خمس ماية ويصير بعد العتق كانه قال لك علي الف
درهم او خمس ماية ولو قال ذلك يلزمه الاقل كذا هاهنا ولو قبل كل واحد
منهما باقل المالين لا يعتق لان حجة المولى لم تنقطع لان له ان يقول لم اعتقك بهذا
المال بخلاف ما اذا قبل احدهما باكثر المالين لان الاقل داخل في الاكثر ولو
قال لاحدكما حر بالف والاخر بالفين فان قبلا بان قال كل واحد منهما قبلت
بالمالين او قالا قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما وعلى كل واحد منهما الف
لانه اعتق احدهما بالف والاخر بالفين فتيقنا بوجوب الف على كل واحد
منهما كرجلين قالا لرجل لك علي احدنا الف وعلى الاخر الفان يلزم كل واحد
منهما الف لان الالف متيقن بها كذا هذا وان قبل احدهما المالين جميعا بان
قال قبلت بالمالين او قال قبلت او قبل باكثر المالين بان قال قبلت بالفين
يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول اما اذا قبل بالمالين او قال
قبلت فلا شك فيه وكذا اذا قبل باكثر المالين لوجود القبول المشروط
بيقين فيعتق وقيل هذا على قياس قولهما فاما على قياس قول ابي حنيفة
ينبغي ان لا يعتق وهو القياس على مسلة الشهادة بالف والفين والصحيح
انه يعتق بلا خلاف واذا عتق لا يلزمه الا الف درهم لان الواجب احد المالين
واحدهما اقل والاخر اكثر والجنس متحد فيتعين الاقل للوجوب ولا يخير
العبد هاهنا لان التخيير بين الاقل والاكثر عند اتحاد الجنس غير مفيد لانه
يختار الاقل لا محالة وان قبل احدهما الالف لا يعتق لان للمولى ان يصرف العتق

الي الاخر كما اذا قال لاحد كما حر بالف فقبل احدهما ولو قال احد كما حر بالف
احد كما حر بمائة دينار فان قبلا عتقا لوجود شرط العتق ولا شي عليهما لان
المقضي عليه مجهول اذ لا يدري الذي عليه الالف درهم والذي عليه المائة دينار
كالاثنين قال الرجل لك علي احدنا الف درهم وعلي الاخر مائة دينار لا يلزم احدهما
شي كذا هذا وكذلك هذا في الطلاق بان قال لامراتيه احداكما طالق بالف درهم
والاخرى بمائة دينار فقبلتا جميعا طلقت كل واحدة منهما طلقة باينة
ولا يلزمهما شي لما قلنا وان قبل احدهما العتق بالف درهم او بمائة دينار او
قبل احدهما العتق باحد المالين والاخر بالمال الاخر بالمال الاخر لا
يعتق واحد منهما لان للمولى ان يقول لم اعتقك بهذا المال الذي قبلت
ولو قبل احدهما بالمالين عتق ويلزمه اي المالين يختاره لان الواجب احدهما
وهما جنسان مختلفان وكان التخيير مفيدا فيتخير بخلاف الفصل الاول
فان قبل الاخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الاول لان المقضي عليه
مجهول هذا اذا قبل قبل البيان من الاول فان قبل بعد البيان عتق الثاني
بغير شي وعتق الاول بالمالين لان بيانه في حق نفسه صحيح وفي حق
الاخر لم يصح ولو قال لاحد كما حر بالف درهم والاخر بغير شي فان قبلا
جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما وهو قبولهما ولا شي عليهما لان الذي عليه
البدل مجهول ولا يمكن القضا على المجهول كرجلين قال لرجل لك علي احدنا
الف درهم ولا شي علي الاخر لا يجب علي احدهما شي لجهالة من عليه الواجب
كذا هاهنا وان قبل احدهما بالف ولم يقبل الاخر يقال للمولى اصرف اللفظ
الذي هو اعتاق بغير بدل الي احدهما فان صرفه الي غير القابل عتق غير
القابل بغير شي وعتق القابل بالف وان صرفه الي القابل عتق القابل بغير
شي ويعتق الاخر بالايجاب الذي هو ببدل اذا قبل في المجلس وكذلك
لو لم يقبل واحد منهما حتى صرف الايجاب الذي هو بغير بدل الى احدهما
يعتق هو بغير بدل ويعتق الاخر ان قبل البدل في المجلس والا فلا فان مات
المولي قبل البيان يعتق القابل كله وعليه خمسمائة وعتق نصف الذي لم يقبل
ويسعى في نصف قيمته اما عتق القابل كله فلان عتقه ثابت بيقين لانه
ان اريد بالايجاب الاول عتق وان اريد بالايجاب الثاني عتق وكان عتقه متيقنا
به واما لزوم خمسمائة لانه ان اعتق بالايجاب الاول يعتق بالف وان اعتق
بالايجاب الثاني يعتق بغير شي فيتنصف الالف فيلزمه خمسمائة واما

عتق

عتق النصف من غير شي القابل فلانه اذا اريد باللفظ الاول لا يعتق وان
اريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فيتنصف عتقه فيعتق
نصفه ويسعى في نصف قيمته هذا اذا كان الاعتاق تنجيزا او تعليقا بشرط
فاما اذا كان اضافة الي وقت فلا يخلو اما ان اضاف الي وقت واحد واما ان
اضاف الي وقتين فان اضاف الي وقت واحد فاما ان اضاف الي مطلق الوقت
واما ان اضاف الي وقت موصوف بصفة وفي الوجوه كلها يشترط وجود
الملك وقت الاضافة لان اضافة الاعتاق الي وقت اثبات العتق في ذلك
الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت
الا اذا كان موجودا وقت الاضافة لانه اذا كان موجودا الذي الاضافة فالظا
انه يبقي الي الوقت المضاف اليه فيثبت العتق واذا لم يكن موجودا كان
الظاهر بقاوه علي العدم فلا يثبت العتق في الوقت المضاف اليه لا محاله
فيكون خلاف تصرفه والاصل اعتبار تصرف العاقل علي الوجه الذي اوقعه
اما الاضافة الي وقت مطلق فنحو ان يقول لعبده انت حر غدا او راس شهر
كذا فيعتق اذا جا غد او راس الشهر كذا لانه جعل الغد او راس الشهر ظرفا
للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفا له وليس هذا بتعليق بشرط
لانعدام ادوات الشرط التعليق وهي كلمات الشرط ولهذا لو حلف لا يحلف
وقال هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما اذا قال انت حر اذا جا غد لان ذلك
تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق فان قيل كيف يكون تعليقا بشرط والشرط
ما في وجوده خطر ومجي الغد كاين لا محالة قيل له من مشايخنا من قال ان الغد في
مجيه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة قال الله تعالى وما امر الساعة
الا كلمح البصر او هو اقرب فيصلح مجي الغد شرطا لكن هذا الجواب ليس بسديد
لان الساعة لا تقوم الا بعد وجود اشراطها من خروج ياجوج وماجوج وخروج
دابة الارض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها علي ما نطق به الكتا
وورد به الاخبار والجواب الصحيح ان مجي الغد وان كان متيقن الوجود لكن
كونه شرطا لوقوع العتق ليس بمتيقن الوجود لاحتمال موت العبد قبل مجي الغد
وموت المولي او موتهما وحينئذ لا يكون شرطا لانعدام تصور الجزا علي ان الشرط
اسم لما جعل علما لنزول الجزا سوا كان موهوم الوجود او متيقن الوجود واما
الاضافة الي وقت موصوف فنحو ان يقول لعبده انت حر قبل دخولك الدار
بشهر او قبل قدوم فلان بشهر او قبل موت فلان بشهر ولا شك انه لا يعتق

اضافة العتاق

قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شي من هذه الحوادث قبل تمام الشهر
لا يعتق لانه اضاف العتق الى الوقت الموصوف فلا يثبت قبله ويشترط تمام
الشهر من وقت التكلم وان كان العبد في ملكه قبل ذلك بشهور او بسنين
لان اضافة العتق الى وقت ايجاب العتق فيه وايجاب العتق في الزمان الماضي
لا يتصور فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك ان العتق يثبت عند وجود
هذه الحوادث لتمام الشهر واختلف في كيفية ثبوته قال زفر يثبت من اول
الشهر بطريق الظهور وقال ابو يوسف ومحمد يثبت مقتصرا على حال
وجود الحوادث وابو حنيفة رحمه الله فرق بين القدوم والدخول وبين الموت
فقال في القدوم والدخول كما قال زفر وفي الموت كما قالا حتى لو كان المملوك
امة فولدت في وسط الشهر يعتق الولد في قول ابي حنيفة وزفر وفي
قولهما لا يعتق وجه قول زفر انه اوقع العتق في وقت موصوف بكونه
متقدما على هذه الحوادث بشهر واذا وجدت بعد شهر متصلة به علم ان
الشهر من اوله كان موصوفا بالتقدم عليها لا محالة فتبين ان العتق كان
واقعا في اول الشهر كما اذا قال انت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوا
ان هناك يحكم بالعتق من اول هلال شعبان وهاهنا لا يحكم بالعتق من اول الشهر
لان ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة وهاهنا وجود هذه الحوادث يحتمل ان
يتصل بهذا الشهر ويحتمل ان لا يتصل الجواز انها لا توجد اصلا فاما في ثبوت
العتق في المسئلتين من ابتدا الشهر فلا يختلفان ولهذا قال ابو حنيفة بثبوت
العتق بطريق الظهور في الموت وجه قولهما ان هذا في الحقيقة تعليق
العتق بهذه الحوادث فانه اوقع العتق في شهر متصف بالتقدم على هذه
الحوادث ولا يتصف بالتقدم عليها الا بانضمامها به ولا تتصل به الا بعد
وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدريج متعلقا بهذه الحوادث مقتصرا
على حال وجودها ولهذا قال ابو حنيفة هكذا في الدخول والقدوم كذا في
الموت بخلاف شعبان مع رمضان لان اتصاف شعبان بكونه متقدما
على رمضان لا يتقف على مجي رمضان ووجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين
الدخول والقدوم وبين الموت ان في مسئلة الدخول والقدوم بعد ما مضى
شهر من وقت التكلم يبقى الشهر الذي اضيف اليه العتق موهوم الوجود
قد يوجد وقد لا يوجد فان وجد يوجد هذا الشهر والا فلا لما ذكرنا ان هذا
الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال ولا اتصال بدون

ولا يتوقف على مجي شهر رمضان م

يوجد م

لان القدوم كان موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد صح

القدوم

القدوم اذ الاتصال انما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم فصار
العتق وان كان مضافا الى الشهر متعلقا بوجود القدوم فكان هذا تعليقا ضرورة
فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط كما في ساير التعاليق فاما
في مسئلة الموت فبعد ما مضى من وقت الكلام لم يبق ذات الشهر الذي اضيف
اليه العتق موهوم الوجود بل هو كاين لا محالة فصار هذا الشهر متحقق
الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على القدوم والدخول غير انه مجهول
الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت فاذا وجد فقد وجد المعرف
للشهر بخلاف الشهر المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات لانه
كما وجد شعبان علم انه موجود التقدم على رمضان وهاهنا بخلافه وبخلاف
القدوم والدخول فان بعد مضي الشهر من وقت الكلام بقي ذات الشهر
الذي اضيف اليه العتق موهوم الوجود فلم يكن القدوم معرفا للشهر بل كان
محصلا للشهر الموصوف بهذه الصفة بحيث لولا وجوده لما وجد هذا الشهر
البته وكان الموت مظهرا معينا للشهر فيظهر من الاصل من حين وجوده ثم
اختلف مشايخنا في كيفية الظهور على مذهب ابي حنيفة رحمه الله قال بعضهم
هو ظهور محض ويتبين ان العتق كان واقعا من اول الشهر من غير
اعتبار حالة الموت وهو انه يعتبر الوقوع اولا ثم يسري الى اول الشهر
لان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذي اثبته المتصرف والمتصرف
اضاف العتق الى اول الشهر لان الاصل اعتبار التصرف المتقدم على الموت
فيقع في اول الشهر لا في اخره وكان وقت وقوع الطلاق اول الشهر فيظهر
ان العتق وقع في ذلك الوقت كما اذا قال ان كان فلان في الدار فعبده حر
فمضت مدة ثم علم انه كان في الدار يوم التكلم يقع العتق من وقت التكلم لا
من وقت الظهور وهو لابي قال لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث فالعدة
تعتبر من اول الشهر في قول ابي حنيفة حتى لو حاضت في الشهر حيضتين
ثم مات فلان كانت الحيضتان محسوبتين من العدة ولو كان قال انت طالق
قبل موت فلان بشهر او بشهرين او ثلاثة اشهر ثم مات فلان لتمام
المدة وكانت المراة رات ثلاث حيض في المدة تبين عدم وقوع الطلاق
كان واقعا وان العدة قد انقضت كما لو قال ان كان زيد في الدار فامراتي طالق
ثم علم بعد ما حاضت المراة ثلاث حيض انه كان في الدار يوم التكلم انه تبين انها
قد طلقت من ذلك الوقت وانها منقضية العدة كذا هاهنا وكذلك لو قال

لان الموت كائن لا محالة م

ف

ان كان حمل فلانة غلامًا فانت طالق فولدت غلامًا يقع الطلاق على طريق
التبيين لكن هذا والذي يويد ما قلنا ان رجلا لو قال اخر امراة اتزوجها فهي
طالق فتزوج امراة ثم اخرى ثم مات طلقت الثانية على وجه التبيين المحض
عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان لا يحكم بطلاقها ما لم يمت لكن هاهنا وقع لو
لو خالعها وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل ويومر
الزوج برد بدل الخلع سوا كانت عند الموت معتدة او منقضية العدة او
كانت ممن لا عدة عليها بان كانت غير مدخول بها وهولا طعنوا فيما ذكر محمد
رحمه الله في الكتاب لتخريج قول ابي حنيفة رحمه الله انه لو مات فلان
وهي في العدة يحكم ببطلان الخلع ويومر الزوج برد بدل الخلع وان كانت
غير معتدة وقت موت فلان بان كان بعد الخلع قبل موت فلان اسقطت
سقطا او كانت غير مدخول بها لا يبطل الخلع ولا يومر الزوج برد بدل
الخلع وقالوا هذا التخريج على اصل ابي حنيفة لا يستقيم لان هذا ظهور محض
فتبين ان الطلقات الثلاث كانت وقعت من ذلك الوقت سوا كانت معتدة
او غير معتدة كما لو قال ان كان فلان في الدار فامراته طالق ثم خالعها ثم تبين
انه كان يوم الحلف في الدار تبين ان الخلع كان باطلا على الطلاق سوا كانت
معتدة او لم تكن كذا هاهنا والفقه ان وقت الموت اذا لم يكن وقت وقوع
الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة وعامة مشايخنا قالوا ان الطلاق
او العتاق يقع وقت الموت ثم يستند الى اول الشهر لانه يظهر انه كان
واقعا من اول الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول اليه الا بمقدمة وهي
ان ما كان الدليل على وجوده قايما يجعل موجودا في حق الاحكام لان اقامة
الدليل مقام المدلول اصل في الشرع والعقل الا ترى ان الخطاب
يدور مع دليل القدرة وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم
وسببه دون حقيقة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله تعالى لقيام الايات
الدالة على وجود الصانع ولا بالشرايع عند امكان الوصول الى معرفتها
بدليلها ثم الدليل وان خفي بحيث يتعذر الوصول اليه يلتحق به اذا كان
ممكن الوصول في الجملة اذ الدلايل تتفاوت في الجلا والخفا والمستدلون
يتفاوتون في الغباوة والذكا فالشرع اسقط اعتبار هذا التفاوت
وكانت العبرة لاصل الامكان في هذا الباب واما ما كان الدليل في حقه
متعذرا فهو في حق الاحكام ملحق بالعدم اذا عرف هذا فنقول الشهر الذي

عند وجود الجزء الاخير ان هذا الشهر من ابتدا وجوده موصوف بالتقدم فيتبين صح

بموت

بموت فلان في اخره وان تصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان دليل اتصافه به
متعذرا اصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عبرة او يبقى ملك النكاح الى اخر جزء من
اجزاء الشهر فعلم كونه متقدما على موته ومن ضرورته اتصاف هذا الجزء
بالتقدم اتصاف جميع الاجزا المتقدمة عليه الى تمام الشهر ولا يظهر ان
دليل الاتصاف كان موجودا في اول الشهر اذ الدليل هو اخر جزء من اجزا
الشهر ووجود الجزء الاخير من الشهر مقارنا لاول الشهر محال فلم يكن
دليل اتصاف الشهر بكونه متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الاتصاف
فبقي ملك النكاح الى وقت وجود الجز الاخير فيحكم في هذا الجزء بكونها
طالقا ومن ضرورة كونها طالقا في هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الاصل
لانها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف الى اول الشهر الموصوف بالتقدم
على الموت ولاجل هذه الضرورة حكم بالطلاق من اول الشهر لكن بعد ما
كان النكاح الى هذا الوقت قايما بالعدم دليل الاتصاف بالتقدم على ما بينا ثم
لما حكم بكونها طالقا للحال وثبت الانطلاق فيما مضى من اول الشهر ضرورة
جعل كان الطلاق وقع للحال ثم بعد وقوعه يسري الى اول الشهر
هكذا توجب ضرورة ما بينا من الدليل واذا جعل هكذا يتخرج عليه
المسايل اما العدة فانها تجب من اخر جزء من اجزا حياة فلان الميت
لانها مما يحتاط في ايجابها فوجبت للحال وجعل كان الطلاق وقع للحال
واما الخلع فان كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وان كانت العدة
منقضية صح لانها اذا كانت باقية كان النكاح باقيا من وجه ويحكم
ببقايه الى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل ثم يحكم للحال بكونها طالقا
بذلك الطلاق المضاف ويسري ويستند الى اول الشهر علم انه
خالعها وهي باينة عنه فلم يصح الخلع ويومر الزوج برد بدل الخلع
واذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذي كان يبقى الى
اخر جزء من اجزا حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه
بالخلع فيبقى النكاح الى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند الخلع
فيحكم بصحة الخلع ولا يومر الزوج برد البدل بخلاف ما اذا قال ان كان
فلان في الدار لان دليل الوقوف على كونه في الدار موجود حالة التكلم فانعقد
الطلاق تنجيزا لو كان هو في الدار لان التعليق بموجود تحقيق وبخلاف
ما اذا قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد في البطن يمكن الوقوف في الجملة

ة

عليه

على صفة الذكورة والانوثة لانه ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فانعقد
الطلاق تنجيزا ثم علمنا بعد ذلك وبخلاف ما اذا قال اخر امراة اتزوجها فهي
طالق فتزوج امراة ثم اخرى ثم مات انه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين
لان هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها اخرا لوجود حد الاخر وهو الفرد
اللاحق وهي فرد وهي لاحقة الا ترى انه يقول امراتي الاولى وامراتي الاخيرة الا
انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتماله ان يتزوج بثالثة فتسلب صفة الاخرية
عن الثانية فاذا مات قبل ان يتزوج بثالثة تقررت صفة الاخرية للثانية من
الاصل فحكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت وها هنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم
منعدم في اول الشهر وما لا دليل عليه ملحق بالعدم وهذا بخلاف ما اذا قال
لامراته ان لم اتزوج عليك فانت طالق ولم يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق
على امراته مقتصرا على الحال لان هناك علق الطلاق صريحا بعدم التزوج والعدم
يستوعب العمر الا ترى انه لو تزوج في عمره مرة لا يوصف بعدم التزوج لان
الوجود قد تحقق والعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند
الموت والمعلق بالشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصرا على
حال وجود الشرط فاما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل هو اضافة
الطلاق الى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله
على التقدير الذي ذكرنا والله الموفق ولو قال لامراته انت طالق قبل موتي بشهر
او قبل موتك بشهر فمات لتمام الشهر او ماتت لا يقع الطلاق عندهما وعند
ابي حنيفة يقع وهما فرقا بين الطلاق والعتاق فقالا العتاق يقع والطلاق
لا يقع لان عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والمعلق بالشرط
ينزل بعد الشرط والتزوج بعد الموت ليس من اهل ايقاع الطلاق ولا المراة
بعد موتها محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كما
في التدبير والله اعلم ولو قال العبد انت حر قبل موت فلان بشهر او قبل قدوم
فلان وفلان بشهر فان مات احدهما او قدم قبل مضي شهر لا يعتق ابدا لانه اضاف
العتق الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما ولم يوجد ولا يتصور وجوده
بعد ذلك لانه لو تم الشهر بعد موت احدهما او قدوم احدهما وهو ما اضاف
العتق الى هذا الشهر بل الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما او قدومهما جميعا
وهذا غير ذلك وان مضى شهر ثم مات احدهما عتق العبد وان لم يمت الاخر
بعد بخلاف ما اذا قال انت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر فقدم احدهما

وجوده م

وفلان

او قدومهما

كان موصوفا بالتقدم على موت احدهما او قدوم احدهما م

لتمام

لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الاخر ووجه الفرق على نحو ما بينا فيما تقدم
وهو انه اذا مات احدهما تحقق الشهر سابقا على موتهما واذا قدم احدهما لم
يتحقق كون الاول سابقا على قدومهما وانما يتحقق عند وجود قدومهما جميعا
وكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا في لحظة واحدة بعد مضي شهر ولذا
في القدوم وهو قول علي الرازي لانه اضاف العتق الى شهر موصوف بالتقدم
على موتهما او قدومهما متصل بهما لانه اضاف العتق الى شهر متقدم على
موتهما او قدومهما ومن ضرورة ذلك وجود موتهما او قدومهما معا
وعند ثبوت التراخي فيما بين الموتين والقدومين يكون العتق واقعا قبل
موت احدهما او قدوم احدهما بشهر وقبل موت الاخر او قدوم الاخر
باشهر وانه خلاف ما اضاف فلا يقع بخلاف ما اذا قال انت حر قبل
يوم الفطر والاضحى بشهر حيث يعتق كما اهل هلال رمضان لان وجود
وقت متقدم عليهما بشهر مستحيل والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل
فعلم انه اراد به اضافة العتق الى وقت متصف بالتقدم على احد اليومين
بشهر والى الاخر بمدة غير مقدرة وفيما نحن فيه لا استحالة فيراعى
عين ما اضاف اليه وجواب الاستحسان عن هذا ان الاصل في احكام الشرع
ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وقدوم شخصين في جزء لا يتجزى
من الزمان بحيث لا يتقدم احدهما على الاخر مستحيل عادة وكذا موت
شخصين على هذا الوجه والجواب في المستحيل حقيقة وهو مسالة الفطر
والاضحى هكذا فكذا في المستحيل عادة ولو قال انت حر قبل قدوم فلان وموت
فلان بشهر فان مات احدهما او قدم احدهما قبل مضي الشهر لا يعتق ابدا
لما قلنا وان مات احدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الاخر وان قدم
احدهما بعد مضي الشهر لا يعتق ابدا لما قلنا وان مات احدهما لتمام الشهر
لا يعتق حتى يقدم الاخر وان قدم احدهما بعد مضي الشهر عتق ولا ينتظر
موت الاخر الا انه لا يستند لما ذكرنا ان الموت كائن لا محالة والقدوم
موهوم الوجود ولو قال انت حر الساعة ان كان في علم الله تعالى ان فلانا
يقدم الى شهر فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لانه لا يراد بهذا
علم الله تعالى الازلي القائم بذاته وانما يراد به ظهور هذا المعلوم لنا وقد
يظهر لنا وقد لا يظهر فكان شرطا فيقتصر العتق على حال وجود الشرط
كما في التعليقات بشروطها والله اعلم ولو قال انت حر بعد موتي بشهر

ملح

كونه

جميعا م

ي

وكاتبه في نصف الشهر ثم مات لتمام الشهر فان كان استوفي بدل الكتابة
ثم مات لتمام الشهر كان العتق حاصلا بجهة الكتابة وان كان لم يستوف بعد
بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط اعتبار الكتابة عند ابي حنيفة
رحمه الله وهذا يدل على ان العتق يثبت بطريق الاستناد عنده وقال ابو
القاسم الصفار انه تبطل الكتابة من الاصل سوا كان استوفي بدل الكتابة او
لم يستوف وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور
المحض لانه تبين ان العتق ثبت من اول الشهر فتبين ان الكتابة لم تصح
وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد فيما
تقدم فلا نعيده وعندهما ان استوفي بدل الكتابة فالامر ماض لان
العتق عندهما يثبت مقتصرا على حال الموت وهو حر في هذه الحالة
لوصوله الى الحرية بسبب الكتابة عند اداء البدل وان لم يستوف بعد كان حر
بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال وان لم
يكن له غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد لان عتقه علق بموت مال
موصوف بصفة قد توجد على تلك الصفة وقد لا توجد ويسعى في
الاقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند ابي يوسف وعند محمد
يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة واصل المسألة ان من
دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق ثلثه مجانا بالتدبير
ثم يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة
فهذا على ذلك الا ان عند ابي حنيفة يخير العبد بين ان يسعى في هذا
وبين ان يسعى في ذلك وعندهما يسعى في الاقل منهما بدون التخيير ثم
عند ابي حنيفة في مسألة الكتاب يعتبر صحة المالك ومرضه في اول الشهر
هكذا ذكر في النوادر لانه يصير معتقا من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة
لمن اراد ان يدبر عبده ويعتق من جميع المال وان كان لا يخرج من الثلث
بان يقول انت حر قبل موتي بشهر او شهرين او ثلاثة اشهر او ما شا
من المدة ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما
كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث لانه يصير عندهما معتقا بعد الموت والله
المستعان واما الاضافة الى وقتين فالاصل فيه ان المضاف الى وقتين ينزل
عند اولهما والمعلق بشرطين ينزل عند اخرهما والمضاف الى احد الوقتين

غير عين ينزل عند آخرهما والمعلق باحد شرطين غير عين ينزل عند اولهما
ولو جمع بين فعل ووقت يعتبر فيه الفعل وينزل عند وجوده في ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف انه ينزل عند اولهما ايهما كان وبيان هذه
الجملة اذا قال لعبده انت حر اليوم وغدا يعتق في اليوم لانه جعل الوقتين
جميعا ظرفا للعتق فلو توقف وقوعه على اخرهما لما كان الظرف احد الو قتين
لا كلاهما ولانه ابقاء تصرف العاقل الا على الوجه الذي اوقعه ولو قال انت
حر اليوم غدا يعتق في اليوم لانه اضاف العتق الى اليوم ثم وصف اليوم بانه
غد وانه محال فبطل وبقي الاضافة الى اليوم ولو قال انت حر غدا اليوم وصفه م
يعتق في الغد لانه اضاف العتق الى الغد ووصف الغد باليوم وانه
محال فلم يصح وصفه وبقيت اضافته العتق الى الغد فيعتق في الغد
ولو قال انت حر ان قدم فلان وفلان لم يعتق حتى يقدما جميعا لانه علق
عتقه بشرطين فلا ينزل عند اخرهما اذ لو نزل عند اولهما لبطل التعليق الاخر
بهما ولكان ذلك تعليقا باحدهما وهو علق بهما جميعا لا باحدهما ولو قال انت
حر اليوم او غدا يعتق في الغد لانه جعل الوقتين ظرفا فلو عتق في اليوم لكان احدهم
الوقتان جميعا ظرفا واحدا وهذا خلاف تصرفه ولو قال انت حر ان
قدم فلان او غدا فان قدم فلان قبل مجي الغد عتق وان جا الغد قبل
قدوم فلان لا يعتق ما لم يقدم في جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي
يوسف ان ايهما سبق بحينه عتق عند مجيئه والاصل فيه انه ذكر
شرطا ووقتا في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط
وبين الاضافة الى وقت من التنافي فلا بد من اعتبار احدهما وترجيحه
على الاخر فابو يوسف رجح جانب الشرط لان الشرط لا يصلح ظرفا
والظرف قد يصلح شرطا وكان الرجحان لجانب الشرط فاعتبره
تعليقا باحد شرطين فينزل عند وجود اولهما ايهما كان كما اذا نص
على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والاضافة فان كان
الفعل هو السابق يعتبر التصرف تعليقا واعتباره تعليقا يقتضي نزول
العتق عند اول الشرطين كما اذا علقه باحد شرطين نصا وان كان
الوقت هو السابق يعتبر اضافة واعتبارها يقتضي نزول العتق عند اخر
الوقتين كما اذا اضاف الى اخر الوقتين نصا والله اعلم واما الذي يرجع الى
نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق وهو ان يكون الركن عاريا عن

الاستثنا راسا كيف ما كان الاستثنا وصفيا كان او عرفيا عند عامة العلماء
والكلام في الاستثنا في العتاق وبيان انواعه وماهية كل نوع وشرايط
صحته على نحو الكلام في كتاب الطلاق الا ان العتاق والطلاق يختلفان الا في شي واحد وهو انه
يتصور استثنا بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في العتاق لان الطلاق
ذو عدد فيتصور فيه استثنا بعض العدد والعتق لا عدد له فلا يتصور
فيه استثنا بعض العدد وانما يتصور استثنا بعض الجملة الملفوظة نحو
ان يقول لعبيده انتم احرار الا سالما لان الاستثنا مع نص المستثنى منه
تكلم بالباقي ولو استثنى عتق بعض العبد يصح عند ابي حنيفة وعندهما
لا يصح بنا على ان العتق يتجزى عنده فيكون استثنا البعض من الكل فيصح
وعندهما لا يتجزى فيكون استثنا الكل من الكل فلا يصح وذكر ابن سماعة في
نوادره عن محمد رحمه الله فيمن قال غلاماي حران سالم وبزيع الا بزيعا
ان استثناه جايز لانه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم وبزيع فانصرف
الاستثنا الى الجملة الملفوظة فيصح وليس كذلك ما اذا قال سالم حر وبزيع
فانصرف الاستثنا الى الجملة الملفوظة الا سالما لانه لما ذكر كل واحد منهما
بانفراده كان هذا استثنا عن كل واحد منهما فكان استثنا الكل من الكل فلا
يصح ولو قال انت حر وحر ان شا الله بطل الاستثنا في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد الاستثنا جايز وجه قولهما ان هذا كلام واحد
بعضه معطوف على بعض بحرف العطف فلا يقع به الفصل بين المستثنا
وبين المستثنا منه كما لو قال انت حر لله ان شا الله ولانه قوله لله ليس
بلغو فلا يكون فاصلا وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله في
رجل له خمسة من الرقيق فقال عشرة من مماليكي الا واحدا احرار انه يعتق
الخمسة جميعا لانه لما قال عشرة من مماليكي احرار الا واحدا فقد استثنى
الواحد من العشرة والاستثنا تكلم بالباقي فصار كانه قال تسعة من
مماليكي احرار وله خمسة ولو قال ذلك عتقوا جميعا كذا هذا ولو قال
مماليكي العشرة احرار الا واحدا عتق منهم اربعة لان هذا ذكر مماليكه وغلط
في عددهم بقوله العشرة فيلغوا هذا القول ويبقى قوله مماليكي احرار
الا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة يعتق اربعة منهم كذا هنا والله اعلم

فصل واما صفة الاعتاق ان الاعتاق هل يتجزى ام لا وقد اختلف فيه
قال ابو حنيفة يتجزى سوا كان المعتق موسرا او معسرا وقال ابو يوسف

ومحمد

ومحمد لا يتجزى كيف ما كان المعتق وقال الشافعي ان كان معسرا يتجزى
وان كان موسرا لا يتجزى والمسلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم قال
بعضهم فيمن اعتق نصف عبد بينه وبين غيره انه يعتق نصفه ويبقى
الباقي رقيقا يجب تخريجه الى العتاق وهو مذهب عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك الا التضمين وقال
علي وابن عباس رضي الله عنهم عتق ما عتق ورق ما رق هما احتجا
بالنص والمعقول والاحكام اما النص فما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال من اعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك
وهذا نص على عدم التجزي واما المعقول فهو ان العتق في عرف الشرع
اسم لقوة حكمية دافعة لید الاستيلا والرق اسم لضعف حكمي يصير
به الادمي محلا للتملك فيعتبر الحكمي بالحقيقي وثبوت القوة الحقيقية
والضعف الحقيقي في النصف شايعا مستحيل فكذا الحكمي ولان للعتق
اثارا من المالكية والولاية والشهادة والارث ونحوها وشي من هذه الاثار لا يحتمل
التجزي ولهذا لم يتجز في حالة الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق في انصاف
السبايا ويمن عليهم في الانصاف كذا في حالة البقا واما الاحكام فان اعتاق
النصف قد تعدى الى النصف الباقي في الاحكام حتى امتنع جواز التصرفات
الناقلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند اصحابنا ولذا
يجب تخريجه الى عتق الكل بالضمان او السعاية حتى يجبره القاضي على ذلك
وهذا من اثار عدم التجزي وكذا الاستيلاد لا يتجزى حتى لو استولد جارية بينه
وبين شريكه وادعى تصير كلها ام ولد له بالضمان ومعلوم ان الاستيلاد يوجب
حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق اذا لم يحتمل التجزي فالحقيقة اولى
ولو اعتق نصف ام ولده او ام ولد او ام ولد بينه وبين شريكه عتق كلها واذا
لم يكن الاعتاق متجزيا لم يكن المحل في حق العتق متجزيا واضافة التصرف
الى بعض ما لا يتجزى في حقه يكون اضافة الى الكل كالطلاق والعفو عن
القصاص والله اعلم ولابي حنيفة النصوص والمعقول والحكم اما النصوص
فما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
من اعتق نصيبا له من مملوك كلف عتق بقيته وان لم يكن عنده ما يعتق فيه
جاز ما صنع وروي كلف عتق ما بقي وكل ذلك نص على التجزي لان تكليف عتق
الباقي لا يتصور بعد ثبوت العتق في كله وقوله جاز ما صنع اشارة الى عتق البعض

وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق م

وكان استثنا البعض من الجملة الملفوظة م

ولابي حنيفة رحمه الله ان قوله حر لغو لثبوت الحرية باللفظ الاول فكان فاصلا بمنزلة السكوت ... ان شا الله م

اذ هو الذي صنعه لا غير وروي عن عبد الله بن عمر ايضا عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال من اعتق شركا له من عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة
عدل واعطي شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والا عتق ما عتق والحديث
يدل على تعلق عتق الباقي بالضمان ان كان المعتق موسرا وعلى عتق البعض ان كان
معسرا فيدل على التجزي في حالة اليسار والاعسار وروي عن ابي هريرة رضي الله عنه
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان له شقص في مملوك فاعتق فعليه
خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق
عليه واما المعقول فهو ان الاعتاق وان كان تصرفا في الملك والمالية بالازالة
فالملك يتجزى وكذا المالية بلا اشكال حتى يجري فيه سهام الورثة ويكون
مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا في الرق
فالرق متجز ايضا لان محله متجز وهو العبد واذا كان محله متجزيا كان هو
متجزيا ضرورة واما الحكم فلان الاثنين اذا اعتقا عبدا مشتركا بينهما كان
الولاء بينهما نصفين والولاء من احكام العتق فدل تجزيه على تجزي العتق
واما الحديث فقد قيل انه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضي الله عنه وقد روي
عنه خلافه فقد روي انه قال في عبد بين صبي وبالغ اعتق البالغ نصيبه
قبل بلوغ الصبي فاذا بلغ فان شاء عتق وان شاء استسعى ولئن ثبت رفعه
فنأويله من وجهين احدهما ان معنى قوله عتق كله اي استحق عتقه كله لانه
يجب تخريج الباقي الى العتق لا محالة فيعتق الباقي لا محالة بالاستسعاء او بالضمان
وما كان مستحق الوجود يسمى باسم الكون والوجود قال الله تعالى انك ميت
وانهم ميتون والثاني يحتمل ان المراد منه عتق كله للحال ويحتمل ان المراد منه
عتق كله عند الاستسعاء او الضمان فنحمله على هذا عملا بالاحاديث كلها واما
قولهما ان العتق قوة حكمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها في البعض شايعا
ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلتم ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم اليس ان الملك
عبارة عن القدرة الحكمية والقدرة والقوة سوا ثم الملك يثبت في النصف شايعا
وهذا لان الامر الشرعي يعرف بدليل الشرع وهو النص والاستدلال لا بالحقايق
وما ذكر من الاثار فليست من لوازم العتق لانه يتصور ثبوت العتق بدونها
كما في الصبي والمجنون بل هي من الثمرات وفوات الثمرة لا تخل بالذات ثم انها من ثمرات
حرية كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض فان الولايات والشهادات شرعت
قضاء حق العاجز بشكر النعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهو ان يسقط عنه

حق المولى ليصل الى اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزى ثبوته كذا زواله من
مشايخنا من منع وقال ان الامام اذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق
على انصافهم ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض في حالة البقا
ثم ان سلمنا فالرق متجز في نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو
الاستيلا اذ لا يتصور وروده على بعض المحل دون البعض وفي حالة البقا يتصور
وجود سبب زواله كاملا وقاصرا فيثبت كاملا وقاصرا على حسب السبب
واما التخريج الى العتاق وامتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزي بل لمعنى
اخر نذكره ان شاء الله تعالى واما الاستيلاد فممنوع انه لا يتجزى بل هو
متجز فان الامة المشتركة بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت
ام ولد لهما الا انه اذا ادعى احدهما صارت كلها ام ولد له لوجود سبب التكامل
وهو نسبة كل ام الولد اليه بواسطة الولد على ما نذكره في باب الاستيلاد وما من متجز
الا وله حالة الكمال اذا وجد السبب بكماله يتكامل واذا وجد قاصرا لا
يتكامل بل يثبت بقدره وفي مسئلتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق
ام الولد متجز والثابت به عتق النصف وانما يثبت العتق في النصف الباقي
لا باعتاقه بل لعدم الفايدة في بقا نصيب الشريك كما في الطلاق والعفو
عن القصاص على ما عرف في مسايل الخلاف والله اعلم واذا عرف هذا
الاصل يبنى عليه مسايل عبد بين رجلين اعتق احدهما نصيبه يعتق
نصيبه لا غير عند ابي حنيفة لان الاعتاق عنده متجز فاعتاق البعض لا
يوجب اعتاق الكل بل يعتق بقدر ما اعتق ويبقى الباقي رقيقا وللشريك
الساكت خمس خيارات ان شاء اعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه
وان شاء استسعاه معسرا كان المعتق او موسرا او يبيعه وهو رقيق وان
شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وليس له خيار الترك على حاله لانه
لا سبيل الى الانتفاع به مع ثبوت الحرية في جزء منه وترك المال من غير
انتفاع احد به تسييب له وانه حرام فلا بد من تخريجه الى العتق وله الخيار
في ذلك بين الوجوه التي وصفناها اما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة
فان نصيبه باق على ملكه وانه يحتمل هذه التصرفات كما في حالة الابتدا
واما خيار السعاية فلان نصيبه صار محبوسا عند العبد لثبوت
العتق له في نصفه فيصير مضمونا عليه كما اذا انصبغ ثوب انسان بصبغ
غيره من غير صنع احد فاختار صاحب الثوب انه يجب عليه ضمان

الصبغ بصيرورة الصبغ محتبسا عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز
كذا هذا ولان في السعاية سلامة نفسه ورقبته له وان لم تصر رقبته
مملوكة له ويجوز ايجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك
كالمكاتب وشرا العبد نفسه من مولاه ولان منفعة الاعتاق حصلت له
وكان عليه ضمانه لقوله عليه السلام الخراج بالضمان ثم خيار السعاية مذهبنا
وقال الشافعي رحمه الله لا اعرف السعاية في الشريعة والوجه لقوله
ان ضمان السعاية اما ان يكون ضمان اتلاف واما ان يكون ضمان تملك ولا
اتلاف من العبد بوجه اذ لا صنع له في الاعتاق راسا ولا ملك يحصل للعبد
في نفسه بالضمان ولان المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة
وهو كون الشي الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان في هذا
الباب لا يجب على المعسر الا ترى انه لا يجب على المعتق اذا كان معسرا مع وجود
الاعتاق منه فالعبد اولى ولنا ما روينا من حديث ابي هريرة رضي الله عنه
وروى محمد بن الحسن عن ابي يوسف عن الحجاج بن ارطاه عن نافع عن ابن عمر
رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اعتق عبدا بينه وبين
شريكه يقوم نصيب شريكه قيمة عدل وان كان موسرا ضمن نصيب شريكه
وان كان معسرا سعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم
في الجملة عرفها الشافعي او لم يعرفها ولنا ما ذكرنا من المعاني وبه تبين ان
ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تملك بل هو ضمان احتباس وضمان
سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لان كل ذلك من اسباب الضمان على ما
بينا وقوله لا يجب للمولى على عبده دين لما قلنا ممنوع بل يجب كالمكاتب والمستسعى
عنده الى ان يودي السعاية الى الشريك الساكت اذا اختار السعاية او الى
المعتق اذا ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب
ويثبت فيه جميع احكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا
يورث ولا يشهد ولا يتزوج الا اثنتين لا يفترقان الا في وجه واحد وهو ان
المكاتب اذا عجز يرد في الرق والمستسعى لا يرد في الرق اذا عجز لان الموجب
للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية في جزء منه ولان
رده في الرق ها هنا لا يفيد لانا لو رددناه الى الرق لاحتجنا الى ان نجبره على
السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرد فان قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد الا
برضاه والسعاية تلزمه من غير رضاه فانى يستويان فالجواب انه انما كان كذلك

قدح

لان

لان بدل الكتابة تجب بحقيقة العقد اذ المكاتبة معاوضة من وجه
فاتفقت الى التراضي والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية
ثابتة تقتضي اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا لان الرضا انما شرط
في الكتابة المبتداة لانه يجوز ان يرضى بها العبد ويجوز ان لا يرضى بها ويختار
البقا على الرق فوقفت على الرضا وها هنا لا سبيل الى استبقائه على الرق شرعا
اذ لا يجوز ذلك فلم يشترط رضاه للزوم السعاية ثم اختلف اصحابنا فقال
ابو حنيفة هذا الخيار يثبت للشريك الذي لم يعتق سوا كان المعتق معسرا
او موسرا وقال ابو يوسف ومحمد لا يثبت الا اذا كان معسرا لان الاعتاق
لما لم يكن متجزيا عندهما كان المعتق متلفا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان
ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية وكان ينبغي ان لا يجب حال الاعسار ايضا
وان لا يكون الواجب الا الضمان في الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسي
وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا انا عرفنا وجوبها
شرعا بخلاف القياس بالنص الذي روينا والنص ورد بها في حالة الاعسار
فحال اليسار بقيت على اصل القياس ولما كان متجزيا عنده لم يكن الاعتاق
اتلافا للنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الاتلاف لكن بقي نصيبه محتبسا
عند العبد بحقه بحيث لا يمكن استخلاصه منه وانما لا يوجب الفصل بين
حال اليسار والاعسار فيثبت خيار السعاية في الحالين واذا عتق بالاعتاق
او بالسعاية او ببدل الكتابة فالولا بينهما لان الولا للمعتق والاعتاق
حصل منهما واما خيار التضمين حال يسار المعتق فامر ثبت شرعا غير معقول
المعنى بالاحاديث الذي روينا لان الاعتاق اذا كان متجزيا عنده كان المعتق
متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف في ملك نفسه لا
يواخذ بما حدث في ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه كمن احرق
دار نفسه فاحترقت دار جاره او سقى ارض نفسه فنزت ارض جاره او
حفر بيرا في دار نفسه فوقع فيها انسان ونحو ذلك الا ان وجوب الضمان
حالة اليسار ثبت بالنص تعبدا غير معقول فبقي حالة الاعسار على اصل
القياس او ثبت معقولا لمعنى النظر للشريك لانه يتلف ماله بمقابلة مال
في ذمة المفلس من غير صنع من المعتق في نصيب شريكه فصلح ان يكون
موجبا للضمان ومن غير ان يكون في مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع
كنفقة المحارم وضمان الصلة والتبرع انما يجب حالة اليسار كما في نفقة الاقارب

فاتفقت

توجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى م

او وجب نظرًا للعبد لانه تبرع عليه باعتاق نصفه ولم يتم غرضه في ايصال
ثمرات العتق الي العبد فوجب عليه الضمان تتميما لغرضه فيختص وجوبه
بحالة اليسار ومن مشايخنا من سلك طريقة اخري لابي حنيفة في ضمان
العتق فقال هذا ضمان افساد عنده لان المعتق باعتاقه نصيبه افسد نصيب
شريكه حيث اخرجه من ان يكون منتفعا به في حقه حتي لا يملك فيه سائر
التصرفات المزيلة للملك عقيب فعله وانما يملك الاعتاق والسعاية والحكم
متي ثبت عقيب وصف موثر مضاف اليه الا انه لا يجب علي المعسر نصا
بخلاف القياس ومنهم من قال هو ضمان تملك لان بوجوب الضمان علي
المعتق يصير نصيب شريكه ملكا له حتي كان له ان يعتق بنفسه مجانا
بغير عوض وان شا استسعي العبد وهذا تفسير ضمان التملك ان يكون بمقابلة
الضمان ملك العوض وهذا كذلك ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك وضمان
التملك لا يستدعي وجود الاتلاف كضمان الغصب فان قيل كيف يكون ضمان
التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك الي ملك قيل
يحتمل النقل الي ملك المعتق بالضمان وان كان لا يحتمل النقل الي ملك غيره ويجوز
بيعه منه ايضا في القياس كذا ذكر في الاصل وقال ان باع الذي لم يعتق
نصيبه من المعتق او وهب له علي عوض اخذ منه فهذا واختياره والضمان
سوا في القياس غير ان هذا افحشهما لكن لا ينفي هذا جواز النقل الا علي وجه البيع فان
الشي قد يحتمل النقل الي انسان بالضمان وان كان لا يحتمله بجهة البيع فان الخمر
ينتقل الي المسلم بالضمان بان اتلف علي ذمي خمره وان كان لا ينتقل اليه بالبيع
علي ان قبول المحل لانتقال الملك فيه يشترط حال انعقاد السبب لا حال ادا
الضمان لانه يملكه من ذلك الوقت فيراعي قبول المحل في ذلك الوقت الا تري ان
من غصب من اخر عبدا فهلك في يده ثم ادي الضمان انه يملكه ومعلوم ان
الهالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد السبب والملك يثبت من
ذلك الوقت يعتبر قبول المحل فيه كذا هاهنا ثم اذا ضمن الذي اعتق فالمعتق
بالخيار ان شا اعتق ما بقي وان شا دبر وان شا كاتب وان شا استسعي
لما ذكرنا في الشريك الذي لم يعتق لان نصيبه انتقل اليه فقام مقامه وباي
وجه عتق من الاعتاق او السعاية فولا العبد كله له لانه عتق كله علي ملكه
هذا اذا كان المعتق موسرا فاما اذا كان معسرا فللشريك اربع خيارات
ان شا اعتق وان شا دبر وان شا كاتب وان شا استسعي لما ذكرنا واما علي

والبيع هو نقل الملك بعوض الا ان في الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق كما لا يجوز من غيره

قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزي
وكان اعتاق بعضه اعتاقا للكل ولا خيار للشريك عندهما وانما له الضمان لا
غير لما ذكرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك وكان ينبغي ان يكون الواجب
هو الضمان في حالة اليسار والاعسار الا ان وجوب السعاية في حالة الاعسار
ثبت بخلاف القياس بالنص واما علي قول الشافعي ان كان المعتق موسرا
عتق كله وللشريك ان يضمنه لا غير كما قالا وان كان معسرا يعتق ما اعتق
ويبقي الباقي محلا لجميع التصرفات المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك
لان الاعتاق عنده يتجزي لما ذكرنا من الدلايل لابي حنيفة رحمه الله فيقتصر حكم
تصرف المعتق علي نصيبه فيبقي نصيبه علي ما كان من مشايخنا من قال الخلاف
بين اصحابنا في ان العتق لا يتجزي وانما اختلفوا في الاعتاق وهذا غير سديد
لان الاعتاق لما كان متجزيا عند ابي حنيفة كان العتق متجزيا ضرورة اذ هو
حكم الاعتاق والحكم يثبت علي وفق العلة ولهما لم يكن متجزيا عندهما لم يكن
الاعتاق متجزيا ايضا لما قلنا ولان القول بهذا قول بتخصيص العلة لانه يوجد
الاعتاق في النصف ويتاخر العتق فيه الي وقت الضمان او السعاية وانه قول
بوجود العلة ولا حكم وهو تفسير تخصيص العلة وانه باطل ولنا ان العتق
وان ثبت في نصيب المعتق علي طريق الاقتصار عليه لكن في العتق حق الله تعالي
وحق العبد بالاجماع وانما اختلفوا في الرجحان فالقول بالتمليك ابطال
الحقين وهذا لا يجوز وكذا فيه اضرار بالمعتق باهدار تصرفه من حيث
الثمرة للحال واضرار بالعبد من حيث الحاق الذل به في استعمال النصف الحر
والضرر منفي شرعا فان قيل ان كان في التمليك اضرار بالمعتق والمعتق
ففي المنع من التمليك اضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه عن التصرف
في ملكه فوقع التعارض فالجواب انا لا نمنعه عن التمليك اصلا وراسا فان له
تضمين المعتق واستسعا العبد وكتابته وفي التضمين تمليكه من المعتق
بالضمان وفي الاستسعا والمكاتبة ازالة ملكه الي عوض وهو السعاية وبدل
الكتابة فكان فيما قلنا رعاية للجانبين فكان اولي وان اختار التدبير فدبر
نصيبه صار نصيبه مدبرا عند ابي حنيفة لان نصيبه باق علي ملكه محتمل
للتخريج الي العتق والتدبير تخريج الي العتق الا انه لا يجوز له ان يتركه علي
حاله ليعتق بعد الموت بل يجب عليه السعاية للحال فيودي فيعتق لان تدبيره
اختيار منه للسعاية وله ان يعتق لان المدبر قابل للاعتاق وليس له ان يضمن

ان كان المعتق معسرا او ان كان اقله السعاية لان يعتق لا يعجز صح

لا يتجزى في حالة اليسار وفي حالة الاعسار ضرر بلغ [illegible]

المعتق لان التضمين يقتضي ملك المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولان
تدبيره اختيار منه للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمين
على ما نذكر وان اختار الكتابة فكاتب كان نصيبه مكاتبا عند ابي حنيفة
لما قلنا وكانت مكاتبته اختيارا منه للسعاية حتى لا تضمين المعتق يملك ص
بعد ذلك ولان ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل ايضا فتعذر التضمين
ويملك اعتاقه لان الكتابة لا تمنع من الاعتاق ثم معتق البعض اذا كوتب
فالامر لا يخلو اما ان كاتبه على الدراهم والدنانير واما ان كاتبه على العروض واما ان كاتبه على الحيوان
فان كاتبه على الدراهم والدنانير فان كانت المكاتبة على قدر قيمته جازت
لانه قد ثبت له اختيار السعاية فاذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا
عليها وان كاتبه على اقل من قيمته يجوز ايضا لانه رضي باسقاط بعض حقه
وله ان يرضى باسقاط الكل فهذا اولى وان كاتبه على اكثر من قيمته فان
كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثله جازت ايضا لانها ليست بزيادة
متحققة لدخولها تحت تقويم احد المقومين وان كانت مما لا يتغابن
الناس في مثله يطرح عنه الفضل لان مكاتبته اختيار للسعاية والسعاية
من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز اخذ الزيادة على القدر المستحق
لانه ربا وان كانت المكاتبة على العروض جازت بالقليل والكثير لان يكون ص
الثابت له عليه وهو السعاية من جنس الدراهم والدنانير لان بيع الدراهم
والدنانير بالعروض جائز قلت العروض او كثرت وان كانت على الحيوان
جازت لان الحيوان يثبت دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال ولهذا جاز
ابتداء الكتابة على حيوان ويجب الوسط كذا هنا ولو صالح الذي لم يعتق
العبد او المعتق على مال فهذا لا يخلو عن الاقسام التي ذكرناها في المكاتبة
فان كان الصلح على الدراهم والدنانير على نصف قيمته لا شك انه جائز
وكذا اذا كان على اقل من نصف قيمته لانه يستحق نصف القيمة فاذا رضي
بدونه فقد اسقط بعض حقه فيجوز وكذا اذا كان اكثر من نصف
قيمته مما يتغابن الناس في مثله لما قلنا فاما اذا كان على اكثر من نصف قيمته
بما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعا اما على اصل ابي
يوسف ومحمد فظاهر لان نصف القيمة قد وجب على العبد او على المعتق
في التضمين من الدراهم والدنانير فالزيادة على القدر المستحق يكون فضل
مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة فيكون ربا كمن كان له على اخر الف درهم
فصالحه على الف

وخمس مائة

وخمس مائة ان الصلح يكون باطلا كذا هنا وهذا على اصلهما مطرد لان عندهما
ان من اتلف على اخر ما لا مثل له او غصب منه ما لا مثل له فهلك في يده فالثابت
في ذمته القيمة حتى لو صالح على اكثر من قيمته لا يجوز عندهما فكذا ضمان العتق
لانه ضمان اتلاف عندهما واما عند ابي حنيفة فالصلح عن المتلف والمغصوب
على اضعاف قيمته جائز وها هنا يقول لا يجوز فيحتاج الى الفرق بين المسالتين
ووجه الفرق له من وجوه احدها ان الواجب بالاتلاف والغصب فيما لا مثل له
من جنسه في ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته واذا صالح على
اكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضا عن المتلف فجاز وضمان
العتق ليس بضمان اتلاف ولا ضمان غصب عنده ليثبت المتلف والمغصوب
في الذمة فكان الثابت في الذمة هو القيمة وهو دراهم او دنانير فلا يجوز
الصلح على اكثر منها والثاني ان الغاصب انما يملك المغصوب عند اختيار
الضمان لا قبله بدليل ان له ان لا يضمنه اصلا ليهلك على ملكه ليثاب
على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيامة وكان المغصوب قبل اختيار الضمان
على ملك المغصوب منه فكان هذا صلحا عن العبد على هذا القدر من المال ح
كانه ملكه منه به وانه يحتمل التمليك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التمليك
مقصودا فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان في باب
الغصب يجب وقت الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان فيثبت
الملك للغاصب في المغصوب في ذلك الوقت وانه في ذلك الوقت قابل للتمليك
فصح الصلح على القليل والكثير والضمان في باب العتق يجب وقت العتاق
والعبد في ذلك الوقت لا يحتمل التمليك مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد
وانما يقع عن قيمته فلا يجوز على الزيادة من قيمته وان كان الصلح على عرض
جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير وانه جائز
كيف ما كان وان صالحه على شيء من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما فان
صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يجز لان في الفصل الاول
جعل الحيوان بدلا عن العتق وانه ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة
بدلا عما ليس بمال كالاعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن
دم العمد ولان الصلح مع العبد في معنى مكاتبته ولو كاتبه على عبد
مطلق او فرس يصح ويجب الوسط كذا هنا واما في الفصل الثاني جعل الحيوان انما ص
بدلا عن القيمة وانها مال والحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن المال كالبيع

ونحوه ولو كان شريك المعتق في العبد صبياً او مجنوناً له اب او جد او وصي فوليه
او وصيه بالخيار ان شا ضمن المعتق وان شا استسعى العبد وان شا كاتبه
وليس له ان يعتق او يدبر لان التدبير اعتاق والصبي والمجنون لا يملكان
الاعتاق فكذا من يلي عليهما وانما ملك الاب او الوصي التضمين والاستسعا
لان الاستسعا مكاتبة والاب والوصي يملكان مكاتبة عبد الصبي والمجنون
والتضمين فيه نقل الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال
الصبي والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتبا او ماذونا عليه دين انه
يخير بين الضمان والسعاية والمكاتبة الا انهما لا يملكان الاعتاق لانعدام
ملك الرقبة اما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لانه اخص بالتصرف
فيما في يده من المولى واما الماذون الذي عليه دين فكذلك لان المولى ط
وان كان لا دين عليه فالخيار للمولى كما في الحر لانه اذا لم يكن عليه دين فهو
وما في يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعاية ففي
الصبي والمجنون الولا لهما لانهما من اهل الولا لكونهما حرين وفي المكاتب
والماذون الولا للمولى لكونهما قنين والولا لا يثبت الا للحر وان لم يكن
للصغير والمجنون ولي ولا وصي فان كان هنا حاكم نصب الحاكم من
يختار لهما اصلح الامور من التضمين والسعاية والمكاتبة وان لم يكن
هناك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فيستوفيان
حقوقهما من الخيارات الخمس ثم اذا اختلف حكم اليسار والاعسار في الضمان
لا بد من معرفتهما فاليسار ان يملك المعتق قدر ما بقي من قيمة العبد قلت
او كثرت والاعسار هو ان لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة
وحلها حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه والا فلا والى هذا
وقعت الاشارة فيما روينا من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال من كان له شقص في مملوك فاعتقه فعليه خلاصه من
ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد في رقبته غير مشقوق
عليه اعتبر مطلق المال لا النصاب واشار الى ان الواجب تخليص العبد
وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل ثم يسار المعتق واعساره
يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وان ايسر
بعد ذلك لان ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الاتلاف
والغصب ولو اختلفا في اليسار والاعسار فان كان اختلافهما حالة الاعتاق فالقول

[Margin note:] ط لا يملك ما في يده على اصل ابي حنيفة فيكون الخيار للعبد وعلى اصلهما ان كان يملك لكن العبد اخص بالتصرف بما في يده من المولى صح

[Margin note:] ط قيمة صح

قول المعتق لان الاصل هو الفقر والغنى عارض فكان الظاهر شاهدا للمعتق
والبينة بينة الاخر لانها تثبت زيادة وان كان الاعتاق متقدما واختلفا
فقال المعتق اعتقت عام اول وانا معسر ثم ايسرت فيعتبر ذلك
الوقت وقال الاخر بل اعتقت عام الاول وانت موسر فالقول قول المعتق
وعلى الشريك اقامة البينة لان حال اعتبار اليسار والاعسار لتشهد للمعتق
فيحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحا والطحان في انقطاع الما وجريانه
انه يحكم الحال كذا ها هنا وقد قال ابو يوسف رحمه الله في عبد بين رجلين
قال احدهما احدكما حر وهو فقير ثم استغنى ثم اراد ان يختار ان يوقع العتق على
احدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك لو كان مات قبل ان يختار وقد
استغنى قبل موته ضمن ربع قيمة كل واحد منهما انما انظر الى حاله يوم
اوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد ثم ادى العتق انما انظر الى حال
مولاه يوم عتق المكاتب ولا انظر الى حاله يوم كاتب وهذا على اصله صحيح
لان اضافة العتق الى المجهول تعليق العتق عنده بشرط الاختيار لانه علقه
به نصا فيعتبر حاله يوم الاختيار لانه يوم العتق كما لو قال العبد مشترك
بينه وبين غيره ان دخلت الدار فانت حر فدخل انه يضمن نصف قيمته
يوم دخل الدار لا يوم الدخول هو يوم العتق واما على اصل محمد فاضافة
العتق الى المجهول تنجيز وانما الاختيار تعيين لمن وقع عليه العتق فيعتبر
صفة المعتق من يساره واعساره يوم التكلم بالعتق ولذا تعتبر قيمة
العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق حتى لو علمت قيمته يوم اعتقه
ثم ازدادت او انتقصت او كانت امة فولدت لم يلتفت الى ذلك ويضمنه
قيمته يوم اعتقه لانه يوم وجوب الضمان فتعتبر قيمته يومئذ كما في الغصب
والاتلاف وان لم يعلم ذلك واختلفا فجملة الكلام فيه ان العبد لا يخلو اما
ان يكون قايما وقت الخصومة واما ان يكون هالكا اتفقا على حال العتق او
اختلفا فيها والاصل في هذه الجملة ان الحال ان كانت تشهد لاحدهما فالقول
قوله لان الحال شاهد صادق واصله مسئلة الطاحونة وان كانت لا تشهد
لاحدهما فالقول قول ~~شاهد صادق~~ المعتق لانه منكر فان كان العبد قايما
وقت الخصومة واتفقا على العتق في الحال واختلفا في قيمته بان قال المعتق
اعتقته اليوم وقيمته كذا وقال الشريك نعم اعتقته اليوم الا ان قيمته اكثر
من ذلك رجع الى قيمته للحال ولا يعتبر التحالف والبينة لان الحال تصدق

[Margin note:] ١٢ اليمين لان يوم صح

وكذا لو اختلفا في حال العتق فقال المعتق اعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا وقال
الشريك لا بل اعتقته اليوم وقيمته اكثر او قال المعتق اعتقته اليوم وقيمته
كذا وقال الاخر اعتقته قبل ذلك وكانت قيمته اكثر رجع الى قيمته للحال
لان الحال اذا شهد لاحدهما فالظاهر انها كانت كذلك وقت الاعتاق لان الاصل
دوام الحال والتغير خلاف الاصل فكان الظاهر شاهدا له فاشبه اختلاف
صاحب الطاحونة مع الطحان في انقطاع الماء وجريانه انه يحكم الحال كذا هنا
وان اتفقا على ان العتق كان متقدما على زمان الخصومة لكن قال المعتق قيمته
كانت كذا وقال الشريك بل كانت اكثر فها هنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع الى
قيمة العبد في الحال لانها تزيد وتنقص في المدة ويكون القول قول المعتق
لان الشريك يدعي عليه زيادة ضمان وهو منكر فكان القول قوله كالمتلف والغاصب
وقالوا في الشفعة اذا احترق البناء واختلف الشفيع والمشتري في قيمته وقيمة
الارض ان المرجع الى قيمة الارض في الحال والقول في البناء قول المشتري لان
الشفيع يريد ان يتملك عليه الارض بالشفعة فلا يجوز ان يتملكها الا بقوله
فاما المعتق فلا يريد ان يتملك على شريكه وانما شريكه يدعي عليه زيادة الضمان
وهو منكر وكذلك اذا كان العبد هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر
للزيادة والله اعلم فان هلك العبد قبل ان يختار الشريك الذي لم يعتق شيئا هل له
ان يضمن المعتق اذا كان موسرا اختلفت الرواية فيه عن ابي حنيفة روى ~~محمد~~
محمد عنه وهو رواية الحسن واحدى روايتي ابي يوسف ان له ان يضمن
المعتق وروى ابو يوسف رواية اخرى عنه انه لا ضمان له على المعتق
وجه هذه الرواية ان تضمين المعتق ثبت نصا بخلاف القياس لما بينا
فيما تقدم ان الشريك بالاعتاق تصرف في نصيب نفسه بالاقتصار عليه
لبقاء نصيب الشريك على ملكه وبه بعد الاعتاق الا ان ولاية التضمين ثبتت
شرعا بشريطة نقل ملك المضمون الى الضامن فاذا هلك لا يبقى الملك فلا
يتصور نقله فتنتفي ولاية التضمين على اصل القياس ووجه رواية محمد
ان ولاية التضمين قد ثبتت بالاعتاق فلا تبطل بموت العبد كما اذا مات
العبد المغصوب في يد الغاصب واما قوله ملك الشريك بهلاك العبد
خرج عن احتمال النقل فنقول ٢ الضمان يستند الى وقت الاعتاق فيستند ملك
المضمون الى ذلك الوقت كما في باب الغصب وهو في ذلك الوقت كان محتملا
للنقل فامكن ايجاب الضمان ط هذا اذا مات العبد فاما اذا مات احد الشريكين

٢ ان

ط واذا ضمن المعتق رجع المعتق بما ضمنه في تركة العبد ان كان له تركة وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من اصل ابي حنيفة ان نصيب الشريك بقي على ملكه وله ان يضمن المعتق ان كان موسرا واذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الاعتاق وكان له ان يرجع بذلك في تركة العبد كما كان له ان ياخذ منه لو كان حيا وان كان معسرا فله ان يرجع في تركة العبد وان لم يترك شيئا فلا شيء للشريك لان حقه عليه وهو قد مات مفلسا صح

فان

فان مات المعتق فلا يخلو اما ان يكون الاعتاق في حال صحته واما ان يكون في
حال مرضه فان كان في حال الصحة يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف
وان كان في حال مرضه لم يضمن شيئا حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يستوفي الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا
مبني على الاصل الذي ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزى عندهما وعنده يتجزى ووجه البناء
على هذا الاصل ان الاعتاق ~~يتجزى عندهما~~ لما لم يكن متجزيا عندهما كان ضمان العتق
ضمان اتلاف وضمان الاتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزيا عنده
كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومثل هذا لا يوجب الضمان
في اصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا او
افسادا لنصيب شريكه بمعنى لوجب الضمان لان ضمان الاتلاف لا يختلف
باليسار والاعسار الا انا عرفنا وجوب الضمان بالنص وانه ورد في حال اليسار
المطلق وذلك في حالة الصحة لانها حال خلوص امواله له وفي مرض الموت
يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة اصلا ولا يصح تبرعه على
الاجنبي الا من الثلث ولا تصح كفالته ولا اعتاقه الا من الثلث فلم تكن حال المرض
حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فيبقى الامر فيها على اصل القياس ولان ضمان
العتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق في نصيب
الشريك الا ترى انه لا يجب على المعسر والصلات اذا لم تكن مقبوضة تسقط
بالموت كنفقة الاقارب والزكاة ونحو ذلك والى هذا اشار محمد رحمه الله
لابي حنيفة انه لو وجب الضمان على المريض ويؤخذ من تركته يكون هذا
من مال الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث للمريض في حال مرض
موته والثلثين للورثة قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم
بثلث اموالكم في اخر ٢ اعمالكم وهكذا نقول في حال الصحة انه يجب صلة ثم ينقلب ٢ اعماركم زيادة عليكم
معاوضة في حالة البقاء فانه يثبت به الملك في المضمون في حق الاعتاق
والاستسعاء كالهبة بشرط العوض انها تنعقد صلة ثم تنقلب معاوضة وكذا
الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح الا ممن هو من اهل التبرع ثم تنقلب معاوضة
وانما انقلب معاوضة لانه يوجب الملك في رقبة العبد مجازاة لصلته او
تحملا عن العبد لان الضمان عليه في الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع في
مالية العبد بالسعاية كما في الكفالة ان الكفيل يكون متبرعا في التحمل عن
المكفول عنه ثم اذا صح تحمله وملك ما في ذمته بالاداء الى المكفول له انقلبت

معاوضة الا ترى ان من قال في حال الصحة ما ذاب لك على فلان فهو علي ثم ذاب
له على فلان في مرضه فاخذ ذلك من المريض فانه يعتبر من جميع المال لا من الثلث
ويوخذ من تركته ولو وجد ابتدا الكفالة في المرض يكون المودى معتبرا من
الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذي لم يعتق يثبت
الخيار لورثته فان اجتمعوا على شي من الاعتاق او التضمين او الاستسعا وغير
ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لانهم يخلفون الميت ويقومون مقامه وكان للمورث
ذلك قبل موته فكذا لهم وان انفردوا فاراد بعضهم الاعتاق وبعضهم التضمين
وقال الحسن انه ليس لهم الا ان يعتقوا او يستسعوا او يضمنوا والظاهر انه رواه
عن ابي حنيفة لان الاعتاق عنده لا يتجزى كما لا يتجزى عند ابي يوسف ومحمد فلا
يصح هذا التفريع على مذهبه ووجه ما ذكر في الاصل ان نصيب الشريك قد
بقي على ملكه عند ابي حنيفة رحمه الله لتجزي العتق عنده وقد انتقل نصيبه
الى الورثة بموته فصاروا كالشركا في الاصل في العبد اعتق احدهم نصيبه ان
للباقين ان يختار كل واحد منهم ما يشا كذا هذا وجه رواية الحسن ان الورثة
انتقل اليهم ما كان للميت وما كان له ان يختار الضمان في البعض والسعاية في
البعض فكذا لهم ولان المستسعى بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله ومن
كاتب عبده ثم مات ليس لورثته ان ينفردوا بان يختار بعضهم الاعتاق وبعضهم
التضمين وبعضهم الاستسعا بل ليس لهم الا ان يجتمعوا على شي واحد اما
العتق واما الضمان كذا هذا ثم على رواية الحسن لو اعتق بعضهم كان عتقه
باطلا ما لم يجتمعوا لان المستسعى كالمكاتب على اصل ابي حنيفة ولو مات المولى
فاعتق بعض الورثة المكاتب كان اعتاقه باطلا ما لم يجتمعوا عليه كذا هذا واذا
اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف والولا يكون للميت حتى ينتقل الى الذكور
من ورثته دون الاناث وهو فايت كونه للميت لان من اصل ابي حنيفة ان
المعتق بعضه في معنى المكاتب والمكاتب لا ينتقل الملك فيه بالارث فكان
ولاوه للميت كذا هذا واذا كان المعتق موسرا يوم اعتقه فاختار الشريك
تضمينه ثم اراد ان يرجع عن ذلك ويختار السعاية ذكر في الاصل انه ليس له ذلك
ولم يفصل بينما اذا رضي المعتق بالضمان او حكم به حاكم او لم يرض به المعتق
ولا حكم به حاكم وروى ابن سماعة عن محمد ان له ذلك ما لم يقبل المعتق منه
التضمين او يحكم به حاكم فان قبل او حكم به الحاكم فليس له ذلك من المشايخ
من لم يجعل في المسلة اختلاف الرواية وجعل ما ذكره ابن سماعة عن محمد من

التفصيل

وبعضهم السعاية فذلك لهم في رواية محمد في الاصل م

اي الاعتاق م

التفصيل تفسير لما ذكر في ظاهر الرواية واليه ذهب الجصاص وقال اراد به بما
ذكر في الكتاب اذا قضى به القاضي او رضي به الشريك وحكي عن الكرخي والجصاص
انه جعل مسلة الغاصب وغاصب الغاصب على هذا انه اذا اختار المغصوب منه
تضمين احدهما ثم بدا له واختار تضمين الاخر فليس له ذلك الا ان رضي به المضمن
او يقضي به القاضي ومنهم من جعل في المسلة روايتين وجه ما ذكر في الاصل
ان له خيار التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيين اذا اختار احدهما سقط
حقه عن الاخر وكان اختياره التضمين ابرا للعبد ولهذا لو اختار السعاية لم يكن
له ان يختار الضمان وكان اختيار السعاية ابرا له عن الضمان من غير قضا ولا رضى كذا اذا
اختار الضمان وجه رواية ابن سماعة ان اختيار الشريك تضمين المعتق ايجاب الملك له
في المضمون بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم الا بالرضى او بالقضا فما لم يوجد
احدهما لا يتم له الاختيار فكان له الرجوع عنه الى السعاية بخلاف ما اذا اختار
الشريك السعاية انه لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضي بذلك العبد او لم
يرض لان اختياره السعاية على العبد ليس فيه ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف
ذلك على رضاه فلا يقف عليه فان اعتق احدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شي
اما على اصل ابي حنيفة فظاهر لان العتق عنده يتجزى فيقتصر العتق على نصيب
المعتق فاذا صادف ملك غيره لم ينفذ واما على اصلهما فالعتق وان كان لا يتجزى
لكن لا بد من ثبوت العتق في نصيبه ثم يسري الى نصيب شريكه فاذا اضاف
الاعتاق الى نصيب شريكه لم يثبت العتق في نصيب نفسه فلا يتعدى الى
نصيب الشريك ولو كان المعتق جارية حاملا لا يضمن المعتق من قيمة الولد
شيا لان الحمل بمنزلة طرف من اطرافها والاطراف بمنزلة الاوصاف فلا تفرد
بالضمان الا بعد وجود سبب وجوب الضمان فيها مقصودا ولان الحمل
في الادمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة ضمان وكذلك لو كان الحمل يعتق
تعتق امه اذا كان المعتق مالكا لهما كما في الرهن في الجارية الموصى برقبتها لرجل
وبحملها لآخر فاعتق صاحب الرقبة الام الحمل ويضمن قيمته لصاحبه لان
الولد انفرد عن الام في الملك فجاز ان ينفرد بالضمان وان كان العبد بين جماعة
فاعتق احدهم نصيبه فاختار بعض الشركا الضمان وبعضهم السعاية وبعضهم
العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار في قول ابي حنيفة لان اعتاق نصيبه
اوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد منهم لا يتعلق بنصيب الاخر
فكان لكل واحد منهم ما اختاره وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة في عبد بين ثلاثة

٢ عن السعاية م

انفس م

٢ وان لم يكن مالكا للولد كما

يعتق م

اعتق احدهم نصيبه ثم اعتق الاخر بعده فللثالث ان يضمن المعتق الاول ان كان
موسرًا وان شا اعتق او دبر او كاتب او استسعى لان نصيبه على ملكه فيثبت له
الخيارات للتخريج الى الاعتاق وليس له ان يضمن المعتق الثاني وان كان
موسرًا لان تضمين الاول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا انه لا صنع
للمعتق في نصيب الشريك باتلاف نصيبه وانما عرفناه بالنص نظرا للشريك
وانه يحصل بتضمين الاول ولان ضمان العتق ضمان معاوضة في الاصل فاذا اعتق
الاول فقد ثبت للشريك حق نقل ملك المضمون اليه باختيار الضمان وتعلق
بذلك النقل حق الولاء والولاء لا يلحقه فلا يملك نقل حق التضمين الى غيره فان
اختار تضمين الاول فللاول ان يعتق وان شاء دبر وان شا كاتب وان شا
استسعى لانه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن المعتق الثاني لان الاول
لم يكن له ان يضمنه فكذا من قام مقامه فاما على اصلهما فلما اعتق الاول
عتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثاني وليس للثاني والثالث الا التضمين
ان كان المعتق موسرًا او السعاية ان كان معسرًا وعلى هذا من كان له عبد فاعتق
نصفه فعلى قول ابي حنيفة يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقا يجب تخريجه
الى العتاق فان شا اعتق وان شا دبر وان شا كاتب وان شا استسعى فاذا
ادى السعاية او بدل الكتابة يعتق كله وليس له ان يتركه على حاله وعلى
قولهما يعتق كله سوا كان المعتق موسرا او معسرا من غير سعاية وكذلك ان
اعتق جزًا من عبده او سهمًا منه تمضي منه ما شا ويبقى الباقي رقيقا
يخرج الى العتق بالخيارات التي وصفنا في قول ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق
عنده يتجزا الا ان ها هنا اضاف الاعتاق الى مجهول فيرجع في البيان اليه كما
لو قال احد عبدي حر وقيل في قياس قول ابي حنيفة في السهم ان يعتق منه
سدسه لان السهم عبارة عن السدس في عرف الشرع لما روي عن عبد الله
بن مسعود رضي الله عنه ان رجلا اوصى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم لرجل فاعطاه
النبي صلى الله عليه وسلم سدس ماله وعن جماعة من اهل اللسان ان السهم عبارة عن
السدس في اللغة وعندهما يعتق كله لان العتق لا يتجزى عبد بين رجلين
دبره احدهما صار نصيبه مدبرا ثم ان كان المدبر موسرًا فللشريك ست
خيارات ان شا اعتق وان شا دبر وان شا كاتب وان شا استسعى وان شا
تركه على حاله ط وليس له ان يضمنه وهذا قول ابي حنيفة لان التدبير عنده
متجز كالاعتاق فيثبت له الخيارات اما خيار الاعتاق والتدبير والمكاتبة

بقي م

الفسخ

سهما من ماله الرجل

ط وان كان معسرا فللشريك خمس خيارات ان شا اعتق وان شا دبر وان شا كاتب وان شا استسعى وان شا تركه على حاله م

والسعاية

والسعاية فلان نصيبه بقي على ملكه في حق التخريج الى الاعتاق واما خيار
التضمين فلانه بالتدبير اخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة
والرهن ونحو ذلك فقد اتلفه في حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية
التضمين واما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز
ابقاوه على الرق وانه مفيد لان له ان ينتفع به منفعة الاستخدام فلا
يكلف تخريجه الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار تضمين المدبر ان يرجع
بما ضمن ط لان الشريك كان له ان يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما
كان له فان ادى عتق والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه لانتقال نصيب
شريكه اليه وان اختار الاستسعا والاعتاق كان الولاء بينهما لان نصيب كل واحد
منهما عتق على ملكه واما اذا كان معسرًا فلا حق له في الضمان لان ضمان التدبير لا يجب
مع الاعسار كما لا يجب ضمان الاعتاق فتبقى خمس خيارات واما على قول
ابي يوسف ومحمد صار كله مدبرا لان التدبير على اصلهما لا يتجزى كالاعتاق
المعجل وليس للشريك الا التضمين موسرا كان المدبر او معسرا في الرواية
المشهورة عنهما لان ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والاعسار كالبيع
ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الثاني
وهو موسر فللشريك الثالث ان يضمن المدبر ثلث قيمته ط مدبرًا وليس له
ان يضمنه ما انتقل اليه من نصيب الثالث ~~وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته
مدبرًا~~ وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد العبد كله مدبر
للذي دبره ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرًا لان
التدبير لما كان متجزيا عند ابي حنيفة فلما دبره احدهم فقد ثبت لكل
واحد من الشريكين ست خيارات ولما اعتقه الثاني فقد استوفى ما
كان له فلم يبق له ولاية تضمين المدبر وللساكت ان يضمنه لانه اتلف
عليه نصيبه وكان له ولاية التضمين وليس له ان يضمن المعتق لان ضمان
العتق ضمان معاوضة في الاصل وهو ضمان التملك وهو ان يكون بمقابلة
الضمان ملك المضمون كضمان الغصب ولو ضمن المعتق لا يملك المعتق المضمون
لان التدبير انعقد سببا لوجوب الضمان على المدبر وانه يوجب ملك
المضمون فصار ذلك النصيب بحال لا يحتمل النقل الى غير المدبر فتعذر
تضمين المعتق ولان المدبر بالتدبير قد ثبت له حق الولا والولا لا يحتمل
الفسخ ولا يجوز ان ينقله الى الغير وللمدبر ان يضمن المعتق لانه بالاعتاق

اي المدبر

على العبد م

عتق م

بلغ

ط ويرجع به المدبر على العبد وليس له ان يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته م

اتلف نصيبه عليه باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الاستخدام فيضمن
له قيمة نصيبه لكن مدبرا لان المتلف مدبر ويرجع المدبر الي العبد لان (به ح)
نصيب الساكت انتقل اليه فقام هو مقامه وكان له ان يستسعي العبد
فكذا للمدبر ولان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز ابقاوه علي الرق ولم يمكن
ان يجعل هذا ضمان معاوضة لان نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل الي ملك
الغير فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة وان شا المدبر اعتق نصيبه
الذي دبره لان باعتاق شريكه لم يزل ملكه وان شا استسعي العبد
كما في عتق احد الشريكين فان اختار الضمان كان للمعتق ان يستسعي
العبد لان المدبر اقامه مقام نفسه وكان له ان يستسعيه فكذا له
وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي انتقل اليه من الثالث لان المدبر
انما ملك ذلك الثلث عند القضا بالضمان مستندا الي وقت التدبير
والمستند قبل ثبوته في المحل يكون ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر
ملكه في حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك واما عندهما فالتدبير
لما لم يكن متجزيا صار الكل مدبرا ويضمن ثلثي قيمته للشريكين لانه افسد
نصيبيهما عليهما سوا كان موسرا او معسرا لا تجب السعاية هاهنا بخلاف
الاعتاق لان بالاعتاق يزول ملكه فيسعي وهو حر وهاهنا بالتدبير
لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبرا له وكسب المدبر للمولي فتعذر
الاستسعا وعلي هذا اذا شهد احد الشريكين علي الاخر بالاعتاق بان
كان العبد بين رجلين فشهد احدهما علي صاحبه انه اعتقه وانكر
صاحبه لا تقبل شهادته علي صاحبه ويجوز اقراره علي نفسه ولم يجز
علي صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعي العبد
في قيمته بينهما موسرين كانا او معسرين في قول ابي حنيفة وعندهما
ان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد علي العبد وان كان
معسرا فله السعاية عليه اما عدم شهادته فلان شهادة الفرد في هذا (م قبول صر)
الباب غير مقبوله ولو كانا اثنين لا تقبل شهادتهما ايضا لان شهادتهما (ط بها صر)
بجران المغنم الي انفسهما لانهما يثبتان بها حق التضمين لانفسهما ولا شهادة
لجار المغنم علي لسان رسول الله صلي الله عليه وسلم الا انه بشهادته علي صاحبه
صار مقرا بفساد نصيب نفسه باقراره علي صاحبه باعتاق نصيبه فشهادته
علي صاحبه واقراره عليه ان لم يجز فاقراره بفساد نصيب نفسه جايز

لان

لان الانسان يصدق في اقراره علي نفسه خصوصا فيما يتضرر به ولا يعتق
نصيب الشريك الشاهد لانه لم يوجد منه الاقرار بعتق نصيبه بل
بفساد نصيبه وانما اقر بالعتق في نصيب شريكه الا ان اقراره بالعتق في
نصيب شريكه في حق شريكه لم ينفذ فينفذ اقراره بالعتق في نصيب
شريكه (ط في حقه ولا يضمن الشاهد لشريكه لانه لم يعتق نصيب نفسه ح) واما السعاية فلان فساد نصيب شريكه يوجب التخريج الي
العتق بالسعاية فيسعي العبد لهما في قيمته بينهما فيسعي للشاهد
في نصف قيمته ويسعي للمنكر في نصف قيمته سوا كان المنكر موسرا
او معسرا في قول ابي حنيفة لان السعاية تثبت مع اليسار والاعسار علي اصله
اما حق الاستسعا للشاهد وان كان المشهود عليه موسرا فلان من زعمه
ان شريكه اعتق وان له حق التضمين او الاستسعا الا انه تعذر التضمين لان
اقراره لم يجز عليه في حقه فبقي له حق الاستسعا واما المنكر فلان في
زعمه ان نصيبه علي ملكه وقد تعذر عليه التصرف فيه باقرار شريكه
وكان له ان يستسعي واما عندهما فان كان المنكر موسرا فلا سعاية
للشاهد علي العبد لانه يزعم انه عتق باعتاق شريكه وانه لا يستحق الا
الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار علي اصلهما وان كان معسرا فللشاهد (هد)
ان يستسعي واما المنكر فيستسعي علي كل حال بالاجماع موسرا كان او
معسرا لان نصيبه علي ملكه ولم يوجد منه الاقرار بسقوط حقه عن
السعاية فان اعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعا جاز
في قول ابي حنيفة لان نصيب المنكر علي ملكه وكذلك نصيب الشريك عنده (٢ الشاهد م)
لان الاعتاق يتجزي فاذا اعتقا نفذ عتقهما والولا بينهما لان العتق منهما وكذلك
اذا استسعي وادي السعاية فالولا لهما واما علي قولهما فالولا في نصيب
الشاهد موقوف لان في زعم الشاهد ان جميع الولا لشريكه لان الاعتاق لا
يتجزي علي اصلهما وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويوقف النصف
وان شهد كل واحد منهما علي صاحبه وانكر الاخر يحلف كل واحد منهما علي (٢ اقدام)
دعوي صاحبه لان كل واحد منهما يدعي العتق علي صاحبه يدعي وجوب
الضمان علي صاحبه او السعاية علي العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد
منهما لصاحبه وهذا لان فايدة الاستحلاف النكول ليقضي به والنكول اما
بذل او اقرار والاقرار مما يصح بذله والاقرار به واذا غال فاسعي العبد لكل (ع والضمان)

واحد منهما في نصف قيمته في قول ابي حنيفة لان في زعم كل واحد منهما ان
شريكه قد اعتق وان له الضمان او السعاية وتعذر التضمين حيث لم يصدقه
الاخر فبقي الاستسعا ولا فرق عند ابي حنيفة بين حال اليسار والاعسار
واما على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لكل واحد منهما لان كل واحد
منهما يدعي الضمان على شريكه ويزعم ان لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما
ابرا العبد عنه وان كانا موسرين فلا يسعى لاحد وان كان احدهما موسرا
والاخر معسرا سعى للمعسر في ربع قيمته ولا يسعى للموسر وقال محمد ان كانا
موسرين لا يسعى وان كانا معسرين سعى لهما في جميع قيمته
وجه قول محمد ان كل واحد منهما يدعي على صاحبه انه اعتقه فصار
كشهادة كل واحد منهما على صاحبه ولان من عتق عليه نصف العبد مجانا
بغير سعاية مجهول فلا يمكن القضا به وكان من يقضي عليه بسقوط نصف
السعاية مجهولا ولابي حنيفة وابي يوسف ان نصف العبد قد عتق بيقين
لان احد الشريكين حانث بيقين اذ العبد لا يخلو من ان يكون دخل الدار او
لم يدخل اذ لا واسطة بين الوجود والعدم وليس احدهما بتعيينه للحنث
اولى من الاخر والمقضي له بالعتق متعين فيقسم نصف العتق بينهما واذا عتق
نصف العبد بيقين تعذر ايجاب كل السعاية عليه فيجب نصف السعاية
ثم على اصل ابي حنيفة يسعى في نصف قيمته بينهما سوا كانا موسرين او معسرين
لان ضمان السعاية عنده لا يختلف باليسار والاعسار وعند ابي يوسف يختلف
فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين لا يسعى وان كان احدهما معسرا
والاخر موسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر وما ذكر محمد رحمه الله ان هذا
كشهادة كل واحد منهما على صاحبه غير سديد لان هاهنا تيقنا بحرية
نصف العبد لما بينا وفي مسلة الشهادة لم نتيقن بالحرية لاحتمال ان تكون
الشهادتان كاذبتين واما قوله ان الذي يقضي عليه بالعتق بغير سعاية
مجهول فنعم ولكن هذا لا يمنع القضا اذا كان المقضي له معلوما لان المقضي له
اذا كان معلوما يمكن رفع الجهالة التي من جانب المقضي عليه بالقسمة والتوزيع
واذا كان مجهولا لا يمكن فان حلف رجلان على عبدين كل واحد منهما لاحدهما
فقال احدهما لعبده ان كان زيد دخل هذه الدار اليوم فانت حر وقال الاخر
لعبده ان لم يكن زيد دخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدري ادخل

زيد الدار ام لا لم يعتق واحد من العبدين لان هاهنا المقضي له وعليه كل واحد
منهما مجهول ولا وجه الى القضا عند تمكن الجهالة في الطرفين وفي الفصل الاول
المقضي له بالعتق متعين معلوم والقضا في مثله جائز كمن اعتق واحدة
من جواريه العشرة ثم جهلها وعلى هذا قال ابو يوسف رحمه الله في عبد بين
رجلين قال احدهما لاحد العبدين انت حر ان لم يدخل فلان هذه الدار
اليوم وقال الاخر للعبد الاخر ان دخل فلان هذه الدار اليوم فانت حر فمضى
اليوم وتصادقا انهما لا يعلمان دخل او لم يدخل فان هذين العبدين يعتق
من كل واحد منهما ربعه ويسعى في ثلاثة ارباع قيمته بين المولين نصفين
وقال محمد قياس قول ابي حنيفة ان يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته
بينهما نصفين وجه قول ابي يوسف ان نصف احد العبدين غير
عين قد عتق بيقين لان فلانا لا يخلو اما ان يكون دخل الدار اليوم او لم يدخل
وكان نصف احدهما حرا بيقين وليس احدهما بذلك اولى من الاخر فيقسم
نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى كل واحد منهما
في ثلاثة ارباع قيمته للتخريج الى العتاق كما في المسلة المتقدمة الا ان
هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى في النصف الباقي وهاهنا
عبدان فيعتق نصف احدهما غير عين ويقسم على المولين فيعتق على
كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد منهما في الباقي وذلك ثلاثة ارباع
قيمته وجه قياس قول ابي حنيفة ان المقضي له وعليه مجهولان ولا سبيل
الى القضا بالحرية مع جهالتهما فيسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بخلاف
المسلة المتقدمة لان ثمة المقضي له غير مجهول ومن هذا النوع ما ذكر
ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله في عبد بين رجلين زعم احدهما ان
صاحبه اعتقه منذ سنة وانه هو اعتقه اليوم وقال شريكه لم اعتقه
وقد اعتقته انت اليوم فاضمن لي نصف القيمة لعتقك فلا ضمان
على الذي زعم ان صاحبه اعتق منذ سنة لان قوله انا اعتقته اليوم ليس
باعتاق بل هو اقرار بالعتق وانه حصل بعد اقراره على شريكه بالعتق
فلم يصح وكذلك لو قال اعتقه صاحبي منذ سنة وانا اعتقته امس
وان لم يقر باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة انه اعتقه امس فهو ضامن
لشريكه لظهور الاعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا
يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره باقراره فصل واما

بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فللاعتاق احكام بعضها اصلي
وبعضها من التوابع اما الحكم الاصلي للاعتاق فهو ثبوت العتق لان الاعتاق
اثبات العتق والعتق في اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطير اذا قوي
وطار عن وكره ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الرق والضعف في
اللغة يقال ثوب رقيق اي ضعيف وفي متعارف الشرع يراد به الضعف
الحكمي الذي يصير به الادمي محلا للتمليك وعلى عبارة التحرير الحكم
الاصلي للتحرير وهو ثبوت الحرية لان التحرير اثبات الحرية وهي الخلوص
يقال طين حر اي خالص وارض حرة اذا لم يكن عليها خراج وفي عرف
الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق وهذا الحكم يعم جميع انواع
الاعتاق غير انه ان كان تنجيزا ثبت هذا الحكم للحال وان كان تعليقا بشرط
او اضافة الى وقت يثبت بعد وجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل
ذلك على حكم ملك المالك في جميع الاحكام الا في التعليق بشرط الموت المطلق
وهو التدبير عندنا وكذا الاستيلاد وهذا الحكم قد يثبت في جميع ما
اضيف اليه وقد يثبت في بعض ما اليه وجملة الكلام فيه ان الاعتاق
لا يخلو اما ان كان في الصحة واما ان كان في المرض فان كان في الصحة
عتق كله سواء كان له مال اخر او لم يكن وسواء كان عليه دين او لم يكن
لان حق الورثة والغريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة والاعتاق صادف
خالص ملكه لا حق لاحد فيه فيثبت وان كان في المرض فان كان له مال
اخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال يعتق كله لان الثلث خالص
ملكه لا حق للورثة فيه وانما تعلق حقهم بالثلثين والاصل فيه ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث
اموالكم في اخر اعماركم زيادة على اعمالكم وان كان لا يخرج كله من ثلث المال
واجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فاذا اجازوا
الورثة فقد زال فيعتق كله وان لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث
ماله ويسعى للورثة في الباقي وان لم يكن له مال سوى العبد فان اجازت
الورثة عتق كله لما قلنا وان لم يجيزوا اعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة
لما قلنا والدليل عليه ايضا ما روي من حديث ابي قلابة ان رجلا اعتق عبده
في مرضه ولا مال له غيره فاجاز النبي صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه في
ثلثي قيمته فدل الحديث على جواز الاعتاق في مرض الموت حيث اجاز النبي

وفي عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه ص

اضيف

المانع

مونه

صلى الله عليه وسلم ذلك وعلى ان الاعتاق في مرض الموت وصية حيث
اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لا سعاية في الشريعة
حيث استسعى العبد هذا اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فان كان
مستغرقا لقيمته ولا مال له سوى العبد او له مال اخر لكن الدين مستغرق
لماله فاعتق يسعى في جميع القيمة للغريم رد اللوصية لان الدين مقدم على
الوصية الا ان العتق لا يحتمل النقض فتجب السعاية وروي عن ابن الاعرج
ان رجلا اعتق عبدا له عند الموت وعليه دين فقال النبي صلى الله عليه
وسلم يسعى في الدين وكذا روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وان
كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بان كان الدين الف درهم وقيمة
العبد الفان يسعى في نصف قيمته للغريم رد اللوصية في قدر الدين
ثم نصفه الثاني عتق بطريق الوصية فان اجازت الورثة عتق جميع
نصفه الثاني وان لم تجز يعتق ثلث النصف الثاني مجانا بغير شي وهو
سدس الكل ويسعى في ثلثي النصف فالحاصل انه يعتق ~~ثلثه~~ سدسه
مجانا بغير شي ويسعى في خمسة اسداسه ثلاثة اسهم للغريم وسهمان
للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التي
ذكرنا انه ان كان له مال سواهما وهما يخرجان من الثلث عتقا جميعا بغير
شي لما ذكرنا وان لم يخرجا من الثلث واجازت الورثة الزيادة فكذلك
لما قلنا وان لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله ويسعى
في الباقي للورثة وان لم يكن له مال سواهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا
بغير شي وان لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه ويسعى في الثلثين
للورثة فيجعل كل رقبة على ثلاثة اسهم فيصير جملة المال وهما العبدان
على ستة اسهم فيخرج منها سهام العتق وسهام السعاية للعبدين سهمان
من ستة واربعة اسهم للورثة فاستقام الثلث والثلثان فان مات
احدهما قبل السعاية يجعل هو مستوفيا لوصيته متلفا لما عليه من
السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقي فيجمع نصيب الورثة
وذلك اربعة اسهم ونصيب العبد الحي وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق
من العبد الحي خمسه ويسعى في اربعة اخماسه فيجعل للورثة اربعة اسهم
وللحي سهم والميت قد استوفى سهما فحصل للورثة اربعة اسهم وللوصية
~~وللوصية~~ سهمان فاستقام الثلث والثلثان وان كان العبيد ثلاثة ولم

اي حاجتنا الى الثلث صح

يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته فيصير
كل عبد على ثلاثة اسهم فيصير العبيد على تسعة اسهم ستة اسهم للورثة
وثلاثة اسهم للعبيد فان مات احدهم قبل السعاية صار متلفا لما عليه
من السعاية مستوفيا لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة اسهم
ونصيب العبدين سهمان فيكون ثمانية اسهم فيجعل كل عبد على اربعة
اسهم فيعتق من كل واحد ربعه ويسعى في ثلاثة ارباع قيمته فيجعل
للورثة ستة اسهم وللعبدين سهمان والميت قد استوفى سهما فاستقام
الثلث والثلثان فان مات اثنان يجمع نصيب الورثة ستة وللحي
سهم فيكون سبعة فيعتق من الحي سبعه ويسعى في ستة اسباع قيمته
فيجعل للورثة ستة وللحي سهم والميتان استوفيا سهمين فحصلت الوصية
ثلاثة اسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان وهذا كله اذا لم
يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد في قيمته
للغرماء ردا للوصية لان العتق في مرض الموت وصية ولا وصية الا بعد
قضاء الدين وان كان الدين غير مستغرق بان كان الفا وقيمة كل واحد
منهما الف يسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية
فان اجازت الورثة عتق النصف الباقي من كل واحد وان لم تجز الورثة
يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقي مجانا وهو السدس ويسعى في ثلثي
النصف وفي الحاصل عتق من كل واحد سدسه ويسعى في خمسة اسداسه
والله اعلم ثم المريض اذا اعتق عبده ولا مال له غيره فامر العبد في الحال في
احكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برئ تبين انه صار حرا
من حين اعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب اذا سعى في قول ابي حنيفة
لان الاعتاق لا يتجزى عنده واما الذي هو من التوابع فنحو المالكية والولاية
والشهادة والارث وغير ذلك ولكن هذه ليست من الاحكام الاصلية
للاعتاق بل هي من التوابع والثمرات تثبت في بعض انواعه دون بعض
كالاعتاق المضاف الى الصبي والمجنون وغير ذلك ومن هذا القبيل
الاعتاق المضاف الى المجهول وجملة الكلام في المعتق المجهول ان جهالة
المعتق اما ان كانت اصلية واما ان كانت طارية فان كانت اصلية وهي
ان تكون الصيغة من الابتدا مضافة الى احد المذكورين غير عين فيجعل
المضاف اليه بمزاحمة صاحبه اياه في الاسم فصاحبه المزاحم له لا يخلو اما

ان

ان يكون محتملا للاعتاق او لا يكون محتملا له والمحتمل له لا يخلو من ان يكون
ممن يملك اعتاقه او ممن لا يملك فان كان محتملا للاعتاق وهو ممن يملك
اعتاقه نحو ان يقول لعبديه احدكما حر او يقول هذا حر او يقول
هذا سالم حر او بزيع لا ينوي احدهما بعينه فالكلام في هذا الفصل في
موضعين احدهما في بيان كيفية هذا التصرف والثاني في بيان الاحكام
المتعلقة به اما الكيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم واما
الاحكام فالاحكام المتعلقة به في الاصل نوعان نوع يتعلق به في حال
حياة المولى ونوع يتعلق به بعد وفاته اما الاول فنقول ولا قوة الا
بالله ان للمولى ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل على ان العتق غير
نازل في احدهما لانه لا سبيل الى استخدام الحر من غير رضاه وله ان
يستعملهما ويستكسبهما ويكون الغلة والكسب للمولى وهذا ايضا يدل
على ما قلنا ولو جني عليهما فالجناية لا تخلو اما ان كانت من المولى واما ان
كانت من الاجنبي ولا يخلو اما ان كانت على النفس او على ما دون النفس فان
كانت الجناية من المولى فان كانت على ما دون النفس بان قطع يد العبدين
فلا شي عليه وهذا ايضا يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما في حكم المملوكين
قبل الاختيار وسوا قطعهما معا او على التعاقب لان القطع لا يبطل الخيار ولا
يكون بيانا بخلاف القتل لما نذكر وان كانت جنايته على النفس بان قتلهما
فان قتلهما على التعاقب فالاول عبد والثاني حر لانه لما اقدم على قتل الاول
فقد تعين الثاني للعتق فاذا تعين قتله فقد قتل حرا فعليه الدية ويكون
لورثته لان الدية تصير ميراثا للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شي لانه قاتل
والقاتل لا يرث وان قتلهما معا بضربة واحدة فعليه نصف دية كل
واحد منهما لورثته لان المضمون على المولى احدهما الحر منهما وليس احدهما
باولى من الاخر فشاعت حرية واحدة فيهما وهذا يويد القول بنزول
العتق في غير العين وان كانت الجناية من الاجنبي فان كانت فيما دون النفس
بان قطع انسان يد العبدين فعليه ارش العبيد وذلك نصف قيمة كل
واحد منهما ويكون ارشهما للمولى سوا قطعهما معا او على التعاقب لان القطع
لا يبطل خيار المولى وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق اذ لو نزل لكان
الواجب ارش عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر وان كانت
في النفس فالقاتل لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كان اثنين فان كان واحدا

فان قتلهما معًا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما نصف قيمة هذا
ونصف قيمة ذاك ويكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما نصف
دية هذا ونصف دية ذاك ويكون لورثتهما وهذا دليل على ان العتق نازل
في غير العين اذ لو لم يكن لكان الواجب بقتلهما معا قيمة عبدين ومع
ذلك لم يجب بل وجب قيمة عبد ودية حر لان احدهما حر وقد قتل
حرا وعبدا والواجب بقتل الحر الدية وبقتل العبد القيمة والدية للورثة
والقيمة للمولى وانما انقسم لان كل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته
في حال لاحتمال انه حر او عبد فينقسم ذلك على اعتبار الاحوال كما هو اصل
اصحابنا وان قتلهما على التعاقب يجب على القاتل قيمة الاول للمولى ودية
الثاني للورثة لان قتل الاول يوجب تعين الثاني للعتق فيتعين الاول
للملك فقد قتل حرا وعبدا خطا فان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما واحدا كان
فان وقع قتل كل منهما معًا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة نصفها للورثة
ونصفها للمولى وايجاب القيمتين دون قيمة ودية على قول من يقول ان
العتق غير نازل ظاهر لان كل واحد منهما قتل عبدا خطا وانه يوجب
القيمة واما على قول من يقول بنزول العتق فانما لم تجب الدية لان من تجب
الدية عليه منهما مجهول اذ لا يعلم من الذي تجب عليه منهما فلا يمكن ايجاب
الدية مع الشك والقيمة متيقنة فتجب بخلاف ما اذا كان القاتل واحدًا
لان هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه انما الجهالة فيمن له واما انقسام
القيمتين فلان المستحق لاحد البدلين هو المولى والمستحق للبدل الاخر
هو الوارث وكل واحد منهما يستحق في حال ولا يستحق في حال فوجوب
احد القيمتين بجهة احد القولين وانقسامهما بجهة القول الاخر وان وقع
قتل كل منهما على التعاقب فعلى قاتل الاول القيمة للمولى وعلى قاتل الثاني الدية واحد
للورثة لان احدهما قتل عبدا والاخر قتل حرا لان قتل الاول اوجب تعين الثاني
للحرية والاول للرق ولو كان المملوكان امتين فولدت كل واحدة منهما ولدا
او ولدت احداهما ولدا فاختار المولى عتق احداهما عتقت هي وعتق ولدها
سواء كان للاخرى ولد او لم يكن اما على قول التنجيز فظاهر لان العتق كان
نازلا في غير العين منهما والبيان تعيين لمن يوقع عليه فعتقت المعينة
وعتق ولدها تبعا لها واما على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد
انعقد سبب النزول في احداهما فيسري الى ولدها كالاستيلاد والكتابة

ولو

ولو ماتت الامتان معًا قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولدا خير المولى
فيختار عتق اي الولدين شاء لانهما لما ماتتا معًا لم تتعين احداهما للحرية فحدث
الولدان على وصف الام فيخير المولى فيهما كما كان يخير في الامتين فان مات احد
الامتين الولدين قبل الاخر مع بقاء الامتين لا يلتفت الى ذلك ويخير المولى
لانه لم يتعلق بموته تعيين اذ الحرية انما يتعين فيه بتعيينها في امته
وحكم التعيين في الام قائم لان تعيينها ممكن فيخير المولى فايهما اختار عتقها
نعتقت يعتق ولدها ولو قتل الامتين رجل معًا خير المولى في الولدين لما قلنا
في الموت وايهما اختار عتقه فعتق ولا يرث من ارش امه شيئا لانه انما عتق
باختيار العتق فيه وذلك متاخر عن الموت فلا يرث شيئا بل يكون الكل للمولى
وهذا نص مذهب التعليق لان العتق لو كان نازلا في احدهما لحدوثهما على صفة و
العتق م الام لكان الاختيار تعيينا لمن وقع عليه فكان عتقه مستندا الى موت الام فينبغي
ان يرث والله اعلم ولو وطئ الامتان بشبهة قبل اختيار المولى يجب عقر
امتين ويكون للمولى كالارش وهذا يؤيد قول التعليق اذ لو كان تنجيزا
لكان الواجب عقر حرة وامة ولكان نصف ذلك للامتين والنصف
للمولى ولما ذكرنا ان كسبهما يكون له كالارش والعقر اولى لانهما لا يملكان
بدون ملك الاصل وقد يملك الكسب بدون ملك الاصل كالغاصب فلما كان
الكسب له فالعقر والارش اولى ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسدًا
واما على قول التنجيز فظاهر لان العتق اذا انزل في غير العين منهما صار جامعًا
بين الحر والعبد في البيع من غير بيان حصة كل واحد منهما وانه غير جائز
بلغ بالاجماع واما على قول التعليق فلان حق الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب
الحرية لاحدهما فيمنع جواز البيع كما لو جمع بين قن ومدبر في البيع ولم يبين
حصة كل واحد منهما من الثمن ولو انه باعهما صفقة واحدة وسلمهما الى
الى المشتري فعتقهما المشتري فيقال للبائع اختر العتق في احدهما فايهما
اختار عتقه عتق الاخر على المشتري لان المشتري لما قبضهما بعقد فاسد
فقد ملك احدهما ونفذ اعتاقه فيه فاذا عين البائع احدهما للعتق تعين
الاخر للملك الفاسد فينفذ فيه اعتاق المشتري وانما يدي بتخيير البائع
لان التمليك منه حصل في مجهول فما لم يتعين احدهما للحرية لا يتعين
الاخر للملك الفاسد فان مات البائع قبل البيان قامت الورثة مقامه
ويقال لهم بينوا فان بينوا في احدهما عتق الاخر على المشتري ولا يقال

ينبغي ان ينقسم العتق لموت المولى كما اذا مات قبل البيع لان شرط الانقسام
ان لا يزول الملك عن احدهما لاستحالة انقسام الحرية على الحر والملك قد
زال عن احدهما فتعذر الانقسام وبقي الخيار فقام الوارث مقام المورث
فان قيل الخيار عندكم لا يورث فكيف ورثتم هذا الخيار وهذا منكم تناقض
فالجواب ان هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الارث
بل لانهم استحقوا قيمة احد العبدين فكان لهم التعيين كما كان للبائع
وهذا كما قالوا فيمن باع احد عبديه على انه بالخيار وقبضهما المشتري فماتا
في يده ثم مات البائع ان لورثة البائع الخيار ابتداء لا بطريق الارث كذا هذا
فان لم يعتق المشتري حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضي
البيع فاذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وانما كان كذلك
لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك عن احدهما والملك
قد زال عن احد العبدين فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع الفاسد واجب
الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد وفسخه بفعل القاضي او بتراضي العاقدين
فاذا انفسخ عاد الى ملك البائع وعتق من كل واحد منهما نصفه ولو وهبهما وشاع العتق فيهما صح
قبل الاختيار او تصدق بهما او تزوج عليهما تخيير فيختار العتق في ايهما شاء
وتجوز الصدقة والهبة والامهار في الاخر لان حرية احدهما او حق الحرية
وهو انعقاد سبب الحرية في احدهما على اختلاف الكيفيتين لا يوجب
بطلان هذه التصرفات الا ترى انه لو جمع في الهبة او في الصدقة او في
النكاح بين حر وعبد يصح في العبد وكذا لو جمع بين قن ومدبر يصح في
القن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد في البيع انما يوجب فساد البيع لانه
اذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع في كل واحد منهما شرط الصحة قبوله
في الاخر ~~وانه~~ وانه شرط فاسد وهذه التصرفات لا يبطلها الشروط
الفاسدة فان قيل اذا قبضهما الموهوب له او المتصدق عليه او المراة فقد
زال الملك عن احدهما فكيف يخير المولى فالجواب انا لا نقول بزوال الملك
عن احدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الاختيار واذا تعين
احدهما للعتق باختياره العتق فيه زال الملك عن احدهما وان مات المولى
قبل ان يبين العتق في احدهما بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهارهما
لانه لما مات فقد شاع العتق فيهما لوجود شرط الشياع فيعتق من كل
واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير ولو اسرهما اهل

الحرب كان للمولى ان يختار عتق احدهما ويكون الاخر لاهل الحرب لان اهل
الحرب لم يملكوهما بالاسر لان احدهما حر وحق الحرية لاحدهما ثابت وكل
ذلك يمنع من التملك بالاسر ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالاسر
كما لا يملكون الحر واذا لم يملكا بالاسر بقيا على ملك المولى وله خيار العتق
فاذا اختار احدهما بقي الاخر عبدا فيملكه اهل الحرب فان لم يختر المولى
حتى مات بطل ملك اهل الحرب منهما لانه لما مات المولى شاعت الحرية
وعتق من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك ولو اسر اهل الحرب
احدهما لم يملكوه لان احدهما حر او ثبت له حق الحرية وكل ذلك يمنع من
التملك بخلاف ما اذا باع احدهما لان بيعه اياه اختيار منه للملك فقد باع
ملكه باختياره فصح ولو اشتراهما من اهل الحرب تاجر فللمولى ان يختار
عتق ايهما شاء وياخذ الاخر بحصته من الثمن لان الخيار كان ثابتا للمولى قبل البيع
فاذا باعوه فقد ثبت للمشتري ما كان ثابتا لهم قبل خيار المولى فاذا اختار
عتق احدهما صح ملك اهل الحرب والمشتري منهم في الاخر فياخذه بحصته
من الثمن فان اشترى التاجر احدهما فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء لما
ذكرنا ان ولاية الاختيار قائمة للمولى فان اخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن
عتق الاخر لان اخذه اياه اعادة له الى قديم ملكه فيتعين الاخر كانه اعتقه للعتق صح
ولو قال في صحته لعبديه احدكما حر ثم مرض مرض الموت فاختار
عتق احدهما يعتق من جميع المال وان كانت قيمته اكثر من الثلث بان
كانت قيمة احدهما الفا وقيمة الاخر الفان فتبين ان العتق في الذي
قيمته الفان وهذا يدل ان اضافة العتق الى المجهول ايقاع وتنجيز على صح
اذ لو كان تعليقا واقتصر العتق على حالة المرض ينبغي ان يعتبر
من الثلث كما لو انشا العتق في المرض والله الموفق وللعبدين حق مخاصمة
المولى فلهما ان يرفعاه الى القاضي ويستعديا عليه واذا استعديا
عليه اجابهما القاضي وامر بالبيان اعني اختيار احدهما وجبره عليه
بالحبس لو امتنع اما على مذهب التنجيز فلان العتق نازل في احدهما غير
عين فكل واحد منهما يجوز ان يكون هو الحر والحرية حقه وله فيها
حق واما على مذهب التعليق فلان الحرية ان لم تثبت في احدهما فقد ثبت
حق الحرية اعني انعقاد سبب ثبوت الحرية من غير ثبوت الحرية اصلا
وهذا حقه او له فيه حق والبيان طريق استيفا هذا الحق فكان لكل واحد منهما

بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وانما كان البيان الى المولى لان الاجمال منه
فكان البيان اليه كما في بيان المجمل والمشترك في النصوص وكمن اقر بشي مجهول
او باع قفيزا من صبرة كان البيان كذا هنا ثم البيان انواع ثلاثة نص ودلالة الية م
وضرورة اما النص فنحو ان يقول المولى لاحدهما عينا اياك عنيت او نويت انواع البيان
او اردت بذلك اللفظ الذي ذكرت او اخترت ان تكون حرا باللفظ الذي قلت
او انت حر بذلك اللفظ او بذلك الاعتاق او اعتقتك بالعتق السابق او
غير ذلك من الالفاظ فلو اراد به عتقا مستانفا عتقا جميعا هذا بالاعتاق اختيار م
المستانف وذاك باللفظ السابق لان انشاء العتق في احدهما قبل الاختيار العتق قال اخترت او اعتقتك ولم يقل بذلك اللفظ او بالعتق السابق فان صح
في الاخر دلالة وان قال اعتقت به الذي لزمني بقولي احدكما حر يصدق في
القضاء ويحمل قوله اعتقتك على اختيار العتق اي اخترت عتقك واما الدلالة
فهي ان يخرج المولى احدهما عن ملكه بالبيع او بالهبة او بالصدقة او بانشاء
العتق او يرهن احدهما او يواجر احدهما او يكاتب او يدبر او يستولد ان كان
امة لان الاصل ان من خير بين امرين ففعل ما يستدل به على اختيار احدهما يجعل
ذلك اختيارا منه دلالة ويقوم ذلك مقام النص كانه قال اخترت والاصل
فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ان وطئك
زوجك فلا خيار لك لما ان تمكينها زوجها من الوطي دليل اختيارها زوجها
لنفسها فصار هذا اصلا في الباب وهذه التصرفات كلها في احدهما دليل
اختيار العتق لان منها ما ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه وهي التصرفات في الاخر م
المزيلة للملك ومنها ما لا ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه لكن
اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والاجارة والكتابة والتدبير
والاستيلاد والعاقل يقصد تصرفاته وسلامتها على الانتقاض والبطلان صح م
فكان اقدامه على كلي النوعين من التصرفات في احدهما دليلا على اختياره
العتق المبهم في الاخر واختياره العتق المبهم في احدهما عينا شرط نزول
العتق فيه بالكلام السابق وهذا التخريج على قول من يقول ان العتق غير
نازل في العين فيهما فاما على قول من يقول بنزول العتق في احدهما غير عين
فهو ان هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك والاقدام عليها يكون اختيارا
للملك في المتصرف فيه فيتعين الاخر للعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصا
ودلالة كما اذا مات احدهما قبل الاختيار او قتل وسواء كان البيع باتا او فيه
خيار للبايع او للمشتري اما على مذهب التنجيز فلانه لا صحة للبيع الا بالملك

فكان

فكان اقدامه على بيع احدهما اختيارا اياه للملك فيتعين الاخر للعتق ضرورة
واما على مذهب التعليق اما خيار المشتري فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا
خلاف فبنا في اختيار العتق المبهم فيه واما خيار البايع فلان اختيار العتق المبهم
يبطل بشرط الخيار وسواء كان البيع صحيحا او فاسدا اذا قبض المشتري
لانه وقع مزيلا للملك فيتعين الاخر للعتق دلالة او ضرورة واما اذا لم يقبض
فقد ذكر في الاصل اذا باع احدهما بيعا فاسدا وقبض المشتري عتق الباقي
ولم يذكر انه اذا لم يقبض ماذا حكمه وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاملا
اذا وهب احدهما واقبضه او تصدق واقبض عتق الاخر عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعندنا ولم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص ان القبض
ليس بشرط ويتعين العتق في الاخر سوا قبض المشتري او لم يقبض وهكذا
ذكر القدوري وقال فظاهر القول من اصحابنا انه اذا ساوم باحد العبدين
وقع العتق في الاخر وهكذا روي ابن سماعة عن ابي يوسف انه لو اوصى
باحدهما او ساوم عتق الاخر ومعلوم ان المساومة دون البيع الفاسد
فالسوم لما كان بيانا فالبيع اولى وبه تبين ان ذكر القبض في الاصل ليس
على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقا واشعارا انه مع القبض من التصرفات
المزيلة للملك ولو علق عتق احدهما عينا بشرط بان قال ان دخلت الدار
فانت حر عتق الاخر اما على مذهب التنجيز فلان التعليق بما سوى الملك
وسببه لا يصح الا في الملك فكان الاعتاق الاقدام على تعليق عتقه اختيارا
العتق الملك فيه فيتعين الاخر للعتق ضرورة كما لو نجز العتق في احدهما او م
واما على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط
فصار كما لو دبر احدهما وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه اذا قال
لاحدهما اذا دخلت الدار فانت حر ثم قال احدكما حر ثم دخل الذي علق عتقه
بدخول الدار حتى عتق عتق الاخر لان ملك المولى زال عن احدهما بسبب
من جهته فصار كما لو اعتقه ابتدا او باعه كان المملوكان امتين فوطي ولو م
المولى احدهما فان علقت منه عتقت الاخرى بالاجماع لانها صارت
ام ولد له وقد ذكرنا ان الاستيلاد يكون تعيينا للعتق في الاخرى وان لم تعلق لا تعتق أن م
الاخرى في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تعتق وروى ابن سماعة
عن ابي يوسف انه قال وكذلك اذا قبل احدهما بشهوة او لمس لشهوة او نظر
الى فرجها عن شهوة ولو استخدم احدهما لا تعتق الاخرى في قولهم جميعا لان الاستخدام

تصرف لا يختص بالملك اذ قد تستخدم الحرة وجه قولهما ان الظاهر من حال العاقل
المتدين الاقدام على التصرف الحلال دون الحرام وحل الوطي لا يثبت الا باحد نوعي
الملك ولم يوجد هاهنا ملك النكاح فيتعين ملك اليمين للحل واذا تعينت
الموطوة للملك تعينت الاخرى للعتق ولان الوطي لو لم يجعل بيانا ومن الجائز
ان يقع اختياره على الموطوة فيتبين انه وطي حرة من غير نكاح ووطي الحرة
من غير نكاح سفاح فيجعل الوطي بيانا ضرورة التحرج عن الحرام حالا ومالا
حتى لو قال لاحد امتيه احداكما مدبرة ثم وطي احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا
يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجة الى التحرز بالبيان ولهذا جعل الوطي بيانا في
الطلاق المبهم حتى لو قال لامراتيه احداكما طالق ثم وطي احداهما طلقت الاخرى
كذا هاهنا ولابي حنيفة رحمه الله ان كون الوطي بيانا للعتق في غير الموطوة يستدعي
نزول العتق في غير العين ليكون الوطي تعيينا للمعتقة منهما والعتق بالكلام
السابق غير نازل لما بينا من الدلايل وهكذا نقول في الطلاق المبهم انه غير واقع
في غير العين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار الا ان هناك جعل الوطي دلالة الاختيار
ولم يجعل هنا لان الوطي في باب النكاح مستحق على الزوج شرعا لقوله تعالى
فامساك بمعروف او تسريح باحسان قيل في التفسير الامساك بالمعروف هو
الوطي والنفقة واذا كان الوطي مستحقا بالنكاح عند اختيار الامساك فاذا قصد
وطي احداهما صار مختارا لامساكها فيلزمه ايفا المستحق شرعا ضرورة
اختيار الامساك فيصير مختارا طلاق الاخرى والوطي في الامة غير مستحق
عاله فلا يكون وطي احداهما اختيارا للعتق في الاخرى لو صار مختارا
للامساك انما يصير ليقع وطؤه حلالا تحرجا عن الحرمة ووطؤه اياهما
جميعا حلال وباختيار احداهما لا يظهر ان وطي الموطوة كان حراما لان
العتق يثبت حال الاختيار مقصورا عليها واما الضرورة فنحو ان يموت
احد العبدين قبل الاختيار فيعتق الاخر لانه بالموت خرج من ان يكون محلا
لاختيار العتق المبهم فيتعين الاخر ضرورة من غير تعيين المولى لا نصا ولا
دلالة وهذا يدل على ان العتق غير نازل اذ لو كان نازلا لما تعين الاخر للعتق لان
التعيين للضرورة وهي ضرورة عدم المحل ولا ضرورة لان الميت يصلح محلا
للبيان اذ البيان تعيين لمن وقع عليه العتق بالايجاب السابق وقت وجوده
وكان حيا في ذلك الوقت وهذا بخلاف ما اذا باع احد عبديه على ان المشتري بالخيار
ثلاثة ايام فمات احدهما ان ملك المشتري يتعين في الميت منهما ولا يتعين في

الحي

الحي لان هناك وجد المسقط للخيار في الميت قبل الموت وهو حدوث العيب فيه اذ
الموت لا يخلو عن مقدمة مرض عادة وبحدوث العيب فيه يبطل خيار المشتري فيه فيتعين
الحي للرد وهاهنا حدوث العيب في احدهما لا يوجب تعيينه للملك قبل الموت فيتعين
بالموت فيتعين الاخر للعتق ضرورة بخلاف ما اذا قال لاحدهما ذين ابني او هاتين ام
ولدي فمات احدهما لم يتعين الاخر للحرية والاستيلاد كذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه
الله لان قوله احد هذين ابني او احدى هاتين ام ولدي ليس بانشا بل هو اخبار عن امر
سابق والاخبار يصح في الحي والميت فيقف على بيانه وقوله احدكما حر او احد هذين
حر انشا الحرية في احدهما والانشا لا يصح الا في الحي فاذا مات احدهما تعين الاخر وكذلك
اذا قتل احدهما لما قلنا سوا قتله المولى او اجنبي لما قلنا غير ان القتل ان كان من المولى
فلا شي عليه وان كان من الاجنبي فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق
المقتول لا يرتفع العتق عن الحي ولكن قيمة المقتول تكون لورثة المقتول لان المولى
قد اقر بحريته فلا يستحق شيا من قيمته فان قطعت يد احدهما لا يعتق الاخر سوا
كان القطع من المولى او من اجنبي لان القطع لا يقطع خيار المولى لبقا محل الخيار بخلاف
القتل فان قطع اجنبي يد احدهما ثم بين المولى العتق فان بينه في غير المجني
عليه فالارش للمولى بلا شك وان بينه في المجني عليه ذكر القدوري في شرحه ان الارش
للمولى ايضا ولا شي للمجني عليه وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان الارش يكون
للمجني عليه وهكذا ذكر القاضي فيما اذا قطع المولى ثم بين العتق انه ان بينه
في المجني عليه يجب عليه ارش الاحرار ويكون للعبد وعلل بانه اقر على نفسه بانه
جنى على حر وان بينه في غير المجني عليه فلا شي على المولى ولم يذكر القدوري
هذا الفصل انما ذكر فصل الاجنبي وما ذكره القاضي قياس مذهب التخيير لان
البيان يكون لمن وقع عليه العتق فيتبين انه كان حرا وقت ورود الجناية عليه فيوجب
ارش الاحرار على المولى للعبد وما ذكره القدوري قياس مذهب التعليق لان العتق
يثبت وقت الاختيار مقصورا عليه فلا يظهر ان الجناية صادفت يد حر والله اعلم
ولو قال عبدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه تعين للايجاب ولو قال احد عبدي
او احد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظة احد لا تقتضي ايجاد الاثنين
ان الله تعالى موصوف بانه احد وقال الله تعالى قل هو الله احد ولا مثل له ولا شريك ولا
احد غيره في الازل وروى بشر عن ابي يوسف فيمن كان له ثلاثة اعبد فقال لاحد
عبيدي حر فقال ذلك ثلاثا عتقوا لان احدهم عتق باللفظ الاول لانه احد عبيده
وعتق الاخر باللفظ الثاني لهذا المعنى وقد بقي له عبدان فعتق احدهما وعتق الثالث

للحرية

ما ولا شي

تعيينا

بلغ

فانصرف اليه فان قال لي عبد آخر عنيته لم يصدق في القضاء لانه اذا لم يعرف له عبد آخر انصرف ايجابه الى هذا العبد ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر الا ببينة تقوم على ان له عبدا آخر فيصدق فيما بينه وبين الله لانه نوى ما يحتمله لفظه

باللفظ الثالث وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتدا احد عبيدي حر وليس له الا
عبد واحد ولو قال احدكم حر احدكم حر احدكم حر لم يعتق الا واحد لان احدهم
عتق باللفظ الاول ثم باللفظ الثاني جمع بين حر وعبدين وقال احدكم حر فلا
يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك ايضا لانه يحمل
على الاخبار وهو صادق فيما اخبر ولو قال لعبده انت حر او مدبر يؤمر بالبيان
فان قال عنيت به الحرية عتق وان قال عنيت به التدبير صار مدبرا وهذا
ظاهر فان مات قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات
ونصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه الا ان نصفه يعتق مجانا من جميع
المال لانه يعتق بالاعتاق البات في حالة الصحة ونصفه يعتق من الثلث
لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية فيعتبر
من الثلث سوا كان التدبير في المرض او في الصحة ان خرج من الثلث عتق كل
النصف وان لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف مجانا لان هذا القدر لم يتعلق
به حق الورثة ويسعى في ثلثي النصف وهو ثلث الكل ولو كانا عبدين فقال
احدكما حر او مدبر يؤمر بالبيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما
والقول في الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا ان الربع من كل
واحد منهما يعتق مجانا من جميع المال لحصوله بالاعتاق البات في حالة
الصحة والربع يعتق من الثلث لحصوله بالتدبير ويسعى كل واحد منهما في نصف
قيمته على كل حال ولو قال انتما حران او مدبران عتق نصف كل واحد منهما بالتدبير
وهذا كله اذا كان القول في الصحة فان كان في المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان
لرجل ثلاثة اعبد فقال هذا حر او هذا وهذا عتق الثالث ويؤمر بالبيان
في الاولين ولو قال هذا حر وهذا او هذا عتق الاول ويؤمر بالبيان في الاخرين
وكذلك هذا في الطلاق ووجه الفرق ان كلمة او في الفصل الاول دخلت بين
الاول والثاني فاوجبت حرية احدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر
منهما ايهما كان فصار كانه قال احدكما حر وهذا وفي الفصل الثاني اوجب الحرية
للاول عينا ثم ادخل كلمة او بين الثاني والثالث فاوجبت حرية احدهما غير
عين فعتق الاول ويؤمر بالبيان في الثاني والثالث وهذا بخلاف ما اذا قال
ان كلمت هذا او هذا وهذا فعبدي حر انه ان كلم الاول وحده حنث وان كلم
الثاني او الثالث وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعا ولو قال ان كلمت هذا وهذا او
هذا فعبدي حر انه ان كلم الثالث وحده حنث وان كلم الثاني وحده لا يحنث
الاول او هو

والمسئلة بحالها
بالاعتاق البات
ونصف كل واحد منهما

مالم

٣٠٤

305

مالم يكلمهما جميعا لان في الفصل الاول جعل شرط الحنث كلام الاول وحده او كلام
الثاني والثالث جميعا لانه جعل الثالث معطوفا على الثاني بحرف العطف وادخل
كلمة او بين الاول وحده وبين الثاني والثالث جميعا واما في الفصل الثاني فقد
جعل شرط الحنث كلام الاول والثاني جميعا او كلام الثالث وحده لانه عطف
الثاني على الاول بحرف العطف وادخل كلمة او بين الاول والثاني جميعا والثالث
وحده والله الموفق ولو اختلط عبد بحر كرجل له عبد فاختلط بحر وكل
واحد منهما يقول انا حر والمولى يقول احدكما عبدي فان لكل واحد منهما
ان يحلفه بالله ما يعلم انه حر فان حلف لاحدهما ونكل للاخر فالذي نكل له
حر دون الاخر وان نكل لهما فهما حران وان حلف لهما فقد اختلط الامر فالقا
يقضي بالاختلاط ويعتق من كل منهما نصفه بغير شي ونصفه بنصف القيمة
وكذلك لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته
كذا ذكره الكرخي وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل
اعتق احد عبديه بعينه فان بين فهو على ما بين وان لم يبين وقال لا ادري
ايهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا ونصفه
بنصف القيمة كذلك هاهنا واما النوع الثاني وهو ما يتعلق به بعد موت
المولى فهو ان المولى اذا قال لعبديه احدكما حر ينوي احدهما بعينه ثم مات
قبل الاختيار يعتق من كل واحد منهما نصفه لانه وقع الياس عن البيان
والاختيار اذ لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه
مقامه فيشيع العتق فيهما اذ ليس احدهما باولى من الاخر فيعتق من كل واحد
منهما نصفه مجانا ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وفصل الشيوع دليل
نزول العتق اذ الثابت يشيع والموت ليس باعتاق فعلم ان الكلام السابق وقع
تنجيزا للعتق في احدهما ثم فرق بين هذا الخيار وبين خيار التعيين في باب
البيع اذ الوارث هناك يقوم مقام المورث في البيان وهاهنا لا ووجه الفرق
ان هناك ملك المشتري احد العبدين مجهولا فمتى جرى الارث تثبت ولاية
التعيين اما هاهنا فاحدهما حر او استحق الحرية وذلك يمنع جريان الارث
في احدهما فيمنع ولاية التعيين هذا اذا كان المزاحم له محتملا للعتق وهو
ممن ينفذ اعتاقه فيه فاما اذا كان هو مما لا ينفذ اعتاقه فيه بان جمع
بين عبده وعبد غيره فقال احدكما حر لا يعتق عبده الا بالنية لان قوله
احدكما يحتمل كل واحد منهما لان عبد الغير قابل للعتق في نفسه ويحتمل النفوذ بالا

ضي
ثم نسيه م
في احدهما ص
اذ كل واحد منهما
محل للتمليك فاذا
مات فالوارث يرث
منه عبدا مجهولا ثم

عتاق

فيه وفي الجملة الخ فلا ينصرف الي عبد نفسه الا بالنية وان كان المزاحم ممن لا
لا يحتمل العتق راسا كما اذا جمع بين عبده وبين بهيمة او حايط او حجر فقال
احدكما حر اوقال عبدي حر او هذا فان عبده يعتق في قول ابي حنيفة نوي
او لم ينو وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق الا بالنية وكذا اذا جمع بين عبده
وبين ميت وقد ذكرنا الكلام في هذه الجملة في كتاب الطلاق وعلى هذا اذا
جمع بين عبده وبين حر انه لا يعتق عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر
فيحمل على الاخبار وهو صادق في اخباره مع ما في الحمل عليه تصحيح تصرفه
وانه اصل عند الامكان فيحمل عليه الا اذا نوي فيحمل على الانشا بقرينة النية
والحر لا يحتمل انشا الحرية فينصرف الي العبد ولو جمع بين عبده ومدبره
فقال احدكما مدبر لا يصير عبده مدبرا الا بالنية ويحمل على الاخبار كما في
الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبران
صار احد عبديه مدبرا ويومر بالبيان لان قوله اثنان منكم ينصرف احدهما الي
المدبر ويكون اخبارا عن تدبيره اذ الصيغة للخبر في الوضع وهو صادق
في هذا الاخبار والاخر ينصرف الي احد العبدين ويكون انشا التدبير في
احدهما اذ لا يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذبا فيحمل على الانشا كانه قال
للمدبر هذا مدبر واحد العبدين مدبر فيومر بالبيان كما لو قال ذلك ابتدا
للعبدين احدكما مدبر فان مات المولي قبل البيان انقسم تدبير رقبته
بين العبدين نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث ويعتق نصف
كل واحد من العبدين من الثلث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من
الثلث سوا كانت في الصحة او في المرض وهذا كما لو جمع بين عبدين وحر
فقال اثنان منكم حران انه ينصرف احدهما الي الاخبار عن حرية احدهما
والاخر انشا الحرية في احد العبدين لا غير كانه قال للحر هذا حر واحد
العبدين حر فيومر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد
منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة اعبد دخل
عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج احدهما ودخل الاخر فقال احدكما
حر فالكلام في هذه الجملة في الاصل يقع في موضعين احدهما يتعلق بحال
الحياة والثاني يتعلق بحال الموت اما الاول فما دام المولي حيا يومر بالبيان
ثم ان بدا بالبيان للايجاب الاول فان عني به الخارج عتق الخارج بالايجاب
الاول وتبين ان الايجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه

بين عبدين فيومر بالبيان لهذا الايجاب وان عني بالايجاب الاول الثابت
عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثاني وقع لغوا لحصوله
بين حر وعبد في جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال الكلام
الثاني ينصرف الي الداخل وهذا غير سديد لان على قوده قوله اذا جمع
بين حر وعبد فقال احدكما حر ينبغي ان ينصرف الي العبد وليس كذلك
بالاجماع وان بدا بالبيان للايجاب الثاني فان عني به الداخل عتق الداخل
بالايجاب الثاني وبقي الايجاب الاول بين الخارج والثابت على حاله كما كان
فيومر بالبيان وان عني به الثابت عتق الثابت بالايجاب الثاني وعتق
الخارج بالايجاب الاول لتعينه للعتق باعتاق الثابت واما الذي يتعلق
بما بعد الموت فههنا حالان حال ما بعد موت العبدين وحال ما بعد
موت المولي اما موت العبد فان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب
الاول وتبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا وان مات الثابت عتق
الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت قد اعيد عليه
الايجاب فموته يوجب تعين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل
يومر المولي بالبيان للايجاب الاول فان عني به الخارج عتق الخارج بالا
الاول وبقي الايجاب الثاني بين الثابت والداخل فيومر بالبيان فان عني
به الثابت تبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا واما موت المولي قبل
البيان فان كان القول منه يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة اربا
بلا خلاف بين اصحابنا واختلفوا في الداخل قال ابو حنيفة وابو يوسف
يعتق من الداخل نصفه وقال محمد ربعه اما مسلة الوفاق فلان المولي
ان كان عني بالايجاب الاول الخارج عتق كله ولم يعتق من الثابت وان كان عني
به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق الخارج فكل واحد منهما يعتق
في حال ولا يعتق في حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما نصفه
بالايجاب الاول ثم الثابت بالايجاب الثاني يعتق نصفه الباقي في حال ولا
يعتق في حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربعه بالايجاب الثاني
وقد عتق نصفه بالايجاب الاول فيعتق ثلاثة ارباعه واما
مسلة الخلاف فاما وجه قول محمد رحمه الله فهو ان الايجاب الثاني يصح
في حال ولا يصح في حال لانه ان كان المولي عني بالايجاب الاول الخارج
يصح الايجاب الثاني لان الثابت بقي رقيقا فيقع الايجاب الثاني جمعا

بين العبدين فيصح وان كان عنى به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر
والعبد فيلغو فصح الايجاب الثاني في حال ولا يصح في حال ولا يثبت الا
نصف حرية فيقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع
ولئن سلمنا ان الايجاب الثاني انما يدور بين الصحة والبطلان اذا نزل العتق
بالايجاب الاول في غير العين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلايل فيما تقدم
وكان الايجاب الثاني صحيحا في الحالين جميعا فلما مات المولى قبل البيان
اصاب الداخل من هذا الايجاب نصف حرية ثم ان كان عنى به الثابت عتق
به النصف الباقي ولا يعتق الداخل وان كان عنى به الداخل عتق كله ولا يعتق
شيء من النصف الباقي من الثابت فكل واحد منهما يثبت في حال ولا يثبت
في حال فيتنصف فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه والدليل
على ان ما ذكره محمد رحمه الله غير سديد بدليل ان الايجاب الثاني لو كان
يتردد بين الصحة لبطل اصلا وراسا لان من جمع بين حر وعبد وقال احدكما والعدم صح
حر يبطل اصلا وراسا ومحمد رحمه الله اعتبر الايجاب الثاني حيث قال
بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل هذا اذا كان القول منه في الصحة
فان كان في المرض فان كان له مال يخرجون من الثلث او لا يخرجون لكن اخرهم
اجازت الورثة فكذلك الجواب وان لم يكن له مال سوى هولاء ولم
تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم لان الاعتاق في مرض
الموت وصية والوصية نفاذها من الثلث فيضرب كل واحد منهم
بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة ووصية الثابت ثلاثة
ارباع الرقبة ووصية الداخل نصف الرقبة على اصلهما فتجعل كل رقبة
على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة ارباع فالخارج يضرب بنصف
الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة ارباع الرقبة وذلك
ثلاثة اسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان فيجمع
وصاياهم فتصير سبعة اسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك
سبعة اسهم فيكون ثلثا المال اربعة عشر سهما ضرورة فيكون
جميع المال احدا وعشرين وصار كل عبد سبعة اسهم لان ماله ثلاثة
اعبد وقد صار ماله كله احدا وعشرين سهما فيخرج منه سهام العتق
وسهام السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى في خمسة
اسهم والثابت يعتق منه ثلاثة اسهم من سبعة ويسعى في اربعة اسهم

والداخل

والداخل يعتق منه سهمان ويسعى في خمسة اسهم كالخارج واذا صار سهام من سبعة م
الوصايا سبعة تصير سهام الورثة اربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث
والثلثان وهذا التخريج على قولهما واما على قول محمد يضرب بسهمين فالخارج م
والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة اسهم فصار ثلث المال
ستة اسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثنا عشر فيصير جميع المال
ثمانية عشر فصار كل عبد ستة اسهم يخرج منها سهام العتق وسهام
السعاية فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في اربعة اسهم ويعتق
من الثابت ثلاثة اسهم ويسعى في ثلاثة ويعتق من الثالث سهم واحد الداخل م
ويسعى في خمسة اسهم فصار للورثة اثنا عشر ولاصحاب الوصايا
ستة فاستقام الثلث والثلثان والله الموفق واما الجهالة الطارية
بان اضاف صيغة الاعتاق الى احدهما ثم نسيه فالكلام في هذا الفصل ايضا بعينه م
في موضعين احدهما في كيفية هذا التصرف والثاني في الاحكام المتعلقة به
اما الاول فلا خلاف في ان احدهما حر قبل البيان لان الصيغة اضيفت
الى معين والمعين محل لنزول العتق فيه وكان البيان في هذا النوع اظها را
وتعيينا لمن نزل فيه العتق واما الثاني فالاحكام المتعلقة به ضربان ايضا
ضرب يتعلق به في حال حياة المولى وضرب يتعلق به بعد موته
اما الاول فنقول اذا اعتق احدى جاريتيه بعينها ثم نسيها او اعتق
احدى جواريه العشر بعينها ثم نسي المعتقة فانه يمنع عن وطيهن
واستخدامهن لان واحدة منهن حرة بيقين وكل واحدة تحتمل ان
تكون هي الحرة ووطي الحرة من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن ربما
يقرب الحرة فيمنع من ذلك صيانة له عن الحرام والاصل في هذا الباب
ما روينا من حديث وابصة بن معبد رضي الله عنه وما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم الا ان لكل ملك حمى الا ان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى انه قال
يوشك ان يقع فيه ولا يجوز ان يطا واحدة منهن بالتحري لما ذكرنا في
كتاب الطلاق فلو وطي احداهن فحكمه نذكره بعد هذا والحيلة في ان يباح
له وطيهن ان يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بالنكاح والرقيقة
بملك اليمين ولو خاصم العبدان المولى الى القاضي وطلبا منه البيان امره
القاضي بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين لما ذكرنا ان احدهما حر
بيقين والحرية حقه او له فيها حق ولكل صاحب حق ان يطلب حقه فاذا

امتنع من الايقاع يجبر عليه ولو ادعى كل واحد منهما انه هو الحر ولا بينة له وجحد
المولى وطلبا يمينه استحلفه القاضي لكل واحد منهما لان الاستحلاف بالله ما اعتقه صح
لفايدة النكول والنكول بذل او اقرار والعتق يحتمل كل ذلك فان نكل لهما
عتقا لانه بذل لهما الحرية او اقر بها لهما وان حلف لهما يومر بالبيان لان
احدهما حر بيقين وحريته لا ترتفع باليمين وما ذكرنا من رواية ابن
سماعة عن محمد رحمه الله في الطلاق يكون ذلك رواية في العتاق وهو
انهما اذا استحلفا فحلف المولى للاول يعتق الذي لم يحلف له لانه لما حلف
للاول والله ما اعتقه فقد اقر برقه فيتعين الاخر للحرية كما اذا قال
ابتدا لاحدهما عينا هذا عبد وان لم يحلف عتق لانه بذل له الحرية او اقر له
وان تشاحا في اليمين حلفه لهما جميعا بالله ما اعتق واحدا منهما فان حلف
لهما وكانا امتين يحجب عنهما لما ذكرنا ان حرية احداهما لا ترتفع بالحلف حر بيقين
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان المولى لا يجبر على البيان في
الجهالة الطارية اذا لم يتذكر لما فيه من استرقاق الحر لان احدهما حر بيقين عيني صح
بخلاف الجهالة الاصلية لان ثمة الحرية غير نازلة في المحل في اصح القولين
فلم يكن في البيان استرقاق الحر ثم البيان في هذه الجهالة نوعان نص
ودلالة او ضرورة اما النص فهو ان يقول المولى لاحدهما عينا هذا الذي
كنت اعتقته ونسيت واما الدلالة او الضرورة فهي ان يقول او يفعل ما
يدل على البيان نحو ان يتصرف في احدهما تصرفا لا صحة له بدون الملك
من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن والكتابة
والتدبير والاستيلاد اذا كانا جاريتين لان هذه التصرفات لا صحة لها الا
في الملك فكان جوابه واقدامه دليل اختيار الملك في المتصرف فيه وتعيين
الاخر للعتق وكذا اذا كانا امتين فوطي احداهما عتقت الاخرى بلا خلاف
لان احداهما حرة بيقين فكان وطي احداهما تعيينا للرق والاخرى
للعتق او تعيين الاخرى للعتق ضرورة انتفا المزاحم بخلاف الجهالة
الاصلية على اصل ابي حنيفة لان العتق غير نازل في احداهما وكانت كل واحدة
منهما حلال الوطي وان كن عشرا فوطي احداهن تعينت الموطوءة للرق علي الصلاح
وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن دلالة او ضرورة فتتعين بالبيان نصا للبيان
او دلالة وكذا لو وطي الثانية والثالثة الى التاسعة فتتعين الباقية وهي
العاشرة للعتق لان فعله يحمل على الجواز ولا جواز له الا في الملك فكان الاقدام

على وطيهن تعيينا لهن للرقية والباقية للعتق او تتعين الباقية ضرورة
والاحسن ان لا يطا واحدة لاحتمال ان تكون الموطوءة هي الحرة فلو انه وطي منهن صح
فحكمه ما ذكرنا ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن ان لا يطا الباقيات
قبل البيان لاحتمال ان تكون المعتقة فيهن فلو انه وطي فحكمه ما ذكرنا وطيهن
قبل البيان جاز لان فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما امكن وامكن هنا
بان يحمل على انه قد تذكر ان المعتقة منهن هي الميتة لان البيان في هذا النوع
من الجهالة اظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الاصل فلم تكن الحياة
شرطا لمحلية البيان فكان اقدامه على وطيهن تعيينا للميتة للعتق والباقيات
للرق دلالة او تتعين الباقيات للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية اذا
ماتت واحدة منهن ان الميتة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة
في احداهن وانما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصورا عليه
والمحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الفرق ولو كانا اثنتين فماتت
واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لم تتعين للرق لانعدام دليل
يوجب التعيين لتعيين الاخرى للعتق ضرورة فيوقف تعيينها للعتق على البيان ت
نصا او دلالة اذ الميتة لا تخرج عن كونها محلا للبيان اذ البيان في هذا
النوع اظهار وتعيين بخلاف النوع الاول في اصح القولين ولو قال
المولى هذا مملوك واشار الى احدهما تعين الاخر للعتق دلالة او ضرورة ولو
ولو باعهما جميعا صفقة واحدة كان البيع فاسدا لانه باع حرا وعبدا
صفقة واحدة ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن وكذا لو كانوا
عشرة فباعهم صفقة واحدة ويفسخ البيع في الكل ولو باعهم على الانفراد
جاز البيع في التسع ويتعين العاشر للعتق كذا ذكر الكرخي لان بيع كل واحد
منهم اختيار اياه للرق وتعيين الباقي للعتق دلالة او يتعين ضرورة عدم
المزاحم كما في الوطي عشرة نفر لكل واحد منهم جارية فاعتق واحد منهم
جاريته ولا يعرف المعتق فلكل واحد منهم ان يطا جاريته وان يتصرف فيها منهن
فيها تصرف الملاك بخلاف ما اذا كانت الجواري لواحد فاعتق واحدة
ثم نسيها انه يمنع عن وطي الكل لان الجهالة هناك لم تقع الا من احد من الجانبين
فلا يقع الشك الا من احد الجانبين اذ المعتق على يقين من حرية احداهن وكل
واحدة تحتمل ان تكون هي الحرة فيمنع من وطيهن ولو دخل الكل في ملك
احدهم صار كان الكل كن في ملكه فاعتق واحدة منهن ثم ~~نسيها انه يمنع عن~~

لان الجهالة تمكنت في الجانبين جميعا المعتق والمعتق فوقع الشك في الطرفين فلا يزال اليقين بالشك صح

الجانبين

وطي الكل لان الجهالة هناك لم ترتفع من احد الجانبين فلا يرتفع الشك الا من احد
اذ العتق على يقين من حرية احداهن وكل واحدة تحتمل ان تكون هي الحرة
فيمتنع من وطيهن ولو دخل الكل في ملك احدهم صار كان الكل في ملكه
فاعتق واحدة منهن ثم جهلها واما الثاني فهو ان المولى اذا مات قبل
البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا بغير شي ونصفه بالقيمة
فيسعى كل واحد منهما في نصف قيمته للورثة لما ذكرنا في الجهالة الاصلية
والله اعلم

فصل

واما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيآن احدهما
الاقرار والثاني البينة اما الاقرار فلا شك ان اقرار المولى باعتاق
عبد يظهر به العتق لان الظاهر ان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا
فيصدق في اقراره على نفسه ولو اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق
عليه لان اقراره على نفسه مقبول ولا يقبل في حق غيره لكونه شهادة
على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة فاذا اشتراه فقد زال المانع
من تنفيذه في حقه فيعتق عليه واما البينة فجملة الكلام فيها انه لا خلاف
في انها تقبل على عتق المملوك اذا ادعى المملوك العتق وانكر المولى سوا كان
المملوك عبدا او جارية فاما اذا لم يدع وانكر العتق وانكر المولى ايضا
فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فان كان المملوك جارية
تقبل بالاجماع وان كان عبدا لا تقبل في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند
ابي يوسف ومحمد تقبل من اصحابنا من بنى المسئلة على ان عتق العبد حق
العبد عند ابي حنيفة والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعواهم
كالاموال وساير حقوق العباد وعندهما هو حق الله تعالى والشهادة
على حقوق الله تعالى مقبولة من غير دعوى احد كالشهادة على اعتاق
الانسان امته وتطليقه امراته والشهادة على اسباب الحدود الخالصة
لله تعالى من الزنا والسكر والشرب الا السرقة فانه شرط فيها الدعوى
لتحقق السبب اذ لا يظهر كون الفعل سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر في
كتاب السرقة ان شا الله تعالى فنتكلم في المسئلة بنا وابتدا اما البنا فوجه
قولهما ان في الاعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق حق الله تعالى
قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة انا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته يوم
القيامة وذكر من جملتها ومن باع حرا واكل ثمنه وكذا يتعلق به اهليته
وجوب حقوق الله تعالى من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات

فثبت

فثبت ان العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة
عليه كما في عتق الامة وطلاق المراة وكما في الحدود الخالصة وكذا الاحكام
تدل على ان الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد
تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب صبي صغير من رجل وانكر
الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته وهما منكران وكذا
التناقض في العتق لا يمنع من صحة الدعوى بان قال عبد لانسان اشترني
فاني عبد فاشتراه ثم ادعى العبد حرية الاصل تسمع دعواه ولو كانت الدعوى
فيه شرطا لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما في ساير الدعاوى
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات العتق والعتق في عرف اللغة
والشرع اسم لقوة حكمية تثبت للعبد وتندفع بها يد الاستيلا
والتملك عنه والقوة حقه اذ هو المنتفع بها مقصودا الا ترى انه هو
الذي يتضرر بانتفايها مقصودا بالاسترقاق وكذا التحرير اثبات
الحرية والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبي عن خلوص نفس العبد
له عن الرق والملك وذلك حقه لانه هو المنتفع به دون غيره مقصودا
فاذا ثبت ان العتق حق العبد فالشهادة القايمة على حق العبد لا تقبل
من غير دعواه كساير الشهادات القايمة على حقوق العباد والجامع بينهما
من وجهين احدهما ان المشهود به اذا كان حقا للعبد كان العبد مشهودا
له فاذا انكر فقد كذب شهوده والمشهود له اذا كذب شهوده لا تقبل
شهادتهم له والثاني ان انكار المشهود له حقه مع حاجته الى استيفا
حقه لينتفع به يوجب تهمة في الشهادة لان المشهود به لو كان ثابتا لبادر
الى الدعوى ولا شهادة للمتهم واما قوله في الاعتاق تحريم الاسترقاق
فنقول الاعتاق لا ينبي عن ذلك وانما ينبي عن اثبات القوة والخلوص على
ما بينا وذلك حقه ثم اذا ثبت حقه بالاعتاق حرم الاسترقاق لما فيه من ابطال
حقه وهذا لا يدل على ان حرمة الاسترقاق حق الله تعالى الا ترى ان ساير
الحقوق الثابتة للعباد يحرم ابطالها ولا يدل على ان حرمة ابطالها
حق الله تعالى على انا ان سلمنا ان العتق حق الله تعالى فالمقصود حاصل لانه
من حيث انه حق الله تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن
حيث هو حق العبد لا تقبل فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول
فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى

وحق الانسان ما ينتفع به دون غيره مقصودا

المقذوف وان كان حد القذف حق الله من وجه وحق العبد من وجه هكذا
هاهنا واما الاحكام اما عتق الامة هكذا نقول ان تلك الشهادة لا تقبل على (ففيه م)
العتق من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد وانما تقبل من حيث ان
عتق الامة حق الله تعالى على الخلوص من حيث انه سبب لتحريم الفرج
ووسيلة والشيء من حيث التسبب والتوسل غيره ومن حيث الذات غير (اليه م)
كما قلنا في كفر المحارب انه يوجب القتل من حيث انه سبب الحراب لا من
حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لانهما غيران كذا هاهنا الا ترى انهما
ينفصل احدهما عن الاخر فان العتق قد لا يكون وسيلة الى تحريم الفرج ثم (وهو عتق العبد م)
متى قبلت على العتق من حيث انه سبب حرمة الفرج قبلت من حيث
ذات العتق وكذا في طلاق المراة من غير دعواها وليس للعتق في محل
النزاع سببية تحريم الفرج فلو قبلت لقبلت من حيث ذات العتق
ولا وجه اليه لما بينا فان قيل ما ذكرتم من العذر في فصل الامة والطلاق
لا يصح لان الشهادة على عتق الامة المجوسية والاخت من الرضاع مقبولة
من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفرج لان الحرمة كانت
ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف
الى الملك تقبل من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفرج فالجواب (غيره م)
ان من اصحابنا من منع المسالتين الاوليين فقال لا تقبل هذه الشهادة فيهما من
غير دعوى لانها لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم من سلم مسالة المجوسية
ومنع مسالة الاخت من الرضاعة وفرق بينهما من حيث ان وطي الامة المجوسية
ملك للمولى وانما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطي حالة الحيض
ولهذا لو وطيها لا يسقط احصانه وبعد العتق لو وطيها يسقط احصانه
فالشهادة على عتقها تضمنت تحريم الفرج فتقبل من غير دعوى فاما
الاخت من الرضاعة فحرام الوطي حقيقة حتى لو وطيها سقط احصانه
مع قيام ملك اصل اليمين والمعتبر في الباب تحريم الفرج لا الانوثة والشهادة
على حرية الاصل وعلى هذا الاختلاف والشهادة على النسب قط لا
تقبل من غير دعوى في ما ذكر من المسالة وهي ما اذا كان صغيرا فلا
تقبل عند ابي حنيفة ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير ليدعي النسب له
بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن احيا حقه بنفسه والقاضي
نصب ناظرا للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم واما الاستيلاد فهو

سبب

سبب لتحريم الفرج والدعاوي في الجملة لانه يوجب حقيقة الحرية عند
الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى وغسله بسبب
الحرية وكان الاستيلاد في الحال سببا لثبوت الحرية فكان سببا لحق الله
تعالى في الحال وكان فيقام السبب مقام الحقيقة في حق التحريم احتياطا
وهو الجواب عن الطلاق الرجعي والطلاق المضاف ان الحرمة ثمة تثبت
في الجملة ايضا عند وجود زوال الحل فيعتبر السبب قايما مقام المسبب
في حق الحرمة احتياطا والله الموفق واما الابتدا فوجه قولهما ان عدالة
الشاهد دلالة صدقه في شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود
به ظاهرا والقاضي مكلف بالقضا بالظاهر كان ينبغي ان لا تشترط الدعوى
لقبول الشهادة اصلا ولهذا لم تشترط في عتق الامة وطلاق المراة واسباب
الحدود الا انا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع
فنقتصر على مورد الاجماع وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان خبر من
ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب ولا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به
والاصل ان لا يجوز القضا بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعا لقوله
تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وانه اسم للثابت قطعا وقوله تعالى يا داود
انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكاين
الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم وكان ينبغي ان لا يجوز القضا به اصلا الا ان
الشرع جا بالجواز لحاجة العباد الى رفع الفساد وهو المنازعة القايمة بينهما
بالدعوى والمنازعة سبب الفساد او لدفع فساد الزنا كما في حد الزنا وعتق
(الالحاق بالمتيقن) الامة وطلاق المراة او لدفع فساد السكر في حد الشرب والسكر فالحق
المحتمل بالمتيقن واكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال لدفع الفساد فيبقى
الحكم فيما وراء ذلك على الاصل وعلى هذا شاهدان شهدا على رجل انه اعتق
احد عبديه والعبدان يدعيان العتق او يدعي احدهما فان شهدا في حال حيوة
المولى وصحته لا تقبل شهادتهما في قول ابي حنيفة وعندهما تقبل لان
الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده والمدعي مجهول فجهالة
المدعي منعت صحة الدعوى فامتنع قبول الشهادة وعندهما الدعوى ليست
بشرط فجهالة المدعي لا تكون اقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل
الشهادة ويجبر على البيان وان شهدا بعد وفاته على انه اعتق احدهما في حال
صحته فهو على هذا الخلاف وان شهدا على ذلك وهو مريض فمات او

شهدا بعد موته على انه قال ذلك في المرض لا تقبل في قياس قول ابي حنيفة
وفي الاستحسان تقبل ولا خلاف في انهما اذا شهدا على انه طلق احدى امراتيه
تقبل ويجبر على البيان وجه قياس قول ابي حنيفة رحمه الله في طلاق احدهما
ما ذكرنا ان الدعوى شرط والمدعي مجهول وجه الاستحسان ان المدعي
هاهنا معلوم لان الاعتاق في مرض الموت وصية والخصم في تنفيذ الوصية
هو الموصى وكان الميت مشهودا له لوقوع الشهادة له فكان المدعي معلوما
فجازت الشهادة فجازت الشهادة بخلاف حال الصحة فان الشهادة هناك
وقعت لاحد العبدين وكان المدعي مجهولا فلم تجز الشهادة ولان المولى لما مات
فقد شاع العتق فيهما جميعا فصار كل واحد منهما خصما في حق نفسه متعينا
فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة وكذا جواب ابي حنيفة رحمه
الله في هذه المسئلة في الامتين بان شهدا على انه اعتق احدى امتيه انها لا
تقبل لان انعدام اشتراط الدعوى لقبول الشهادة على عتق الامة لكونه
سببا لحرمة الفرج وهي حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق
المبهم عند ابي حنيفة فكان الجواب في العبدين والامتين هاهنا عنده
على السواء بخلاف ما اذا شهدا على انه طلق احدى امراتيه انها تقبل لانها
قامت على سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط ولو شهدا
ان احد هذين الرجلين اعتق عبده فلانا لم تجز شهادتهما لان المدعي عليه
مجهول ولو شهدا انه اعتق عبده وسماه فنسياه فالشهادة باطلة لان
الشاهد اذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا انه اعتق عبده
سالما ولا يعرفان سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما
ولو شهدا في البيع لا تقبل ووجه الفرق ان البيع لا يحتمل الجهالة اصلا
والعتق يحتمل ضربا من الجهالة الا ترى انه لا يجوز بيع احد العبدين ويجوز
اعتاق احد العبدين ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذي علق به العتق
لم تجز شهادتهما لانهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين
ولم يوجد والاصل فيه انه اذا اختلف شهادة الشاهدين فان كان ذلك
في دعوى العقد لا تقبل اصلا وان كان في دعوى المال ففيه تفصيل
ووفاق وخلاف نذكر ذلك كله في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى

كتاب التدبير

الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في
كتاب العتاق وهو بيان ركن التدبير وفي بيان شرائط الركن وفي بيان

صفة

صفة التدبير وفي بيان حكم التدبير ووقت ثبوت حكمه وبيان ما يظهر
به التدبير اما الاول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة
وهو اثبات العتق عن دبر ثم اثبات العتق عن دبر نوعان مطلق ومقيد
اما المطلق فهو ان يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقا وله الفاظ قد تكون
بصريح اللفظ مثل ان يقول انت مدبر او دبرتك وقد يكون بلفظ التحرير
والاعتاق نحو ان يقول انت حر بعد موتي او حررتك بعد موتي او انت معتق
او عتيق بعد موتي او اعتقتك بعد موتي وكذا اذا قال انت حر عند موتي
او مع موتي هو بمنزلة قوله بعد موتي لان كلمة عند كلمة حضرة فعند
الموت يستدعي وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط ومع للمقارنة
ومقارنة الشيئين تقتضي وجودهما وفي للظرف فاذا دخل على ما لا
يصلح ظرفا يجعل شرطا كما اذا قال لعبده انت حر او يقول اذا مت
او متى مت او ان حدث بي حدث او اذا احدث او متى حدث لانه علق
العتق بالموت مطلقا وكذا اذا ذكر في هذه الالفاظ مكان الموت الوفاة
او الهلاك ولو قال ان مات فلان فانت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد
تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذا تدبيرا بل كان تعليقا بشرط مطلق فكان
كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك
وقال ابو يوسف اذا قال انت حر ان مت او قتلت فليس بمدبر وقال
زفر هو مدبر لانه علق عتقه بالموت كائنا لا محالة ولابي يوسف انه
علق باحد امرين فلا يصير مدبرا كما لو قال ان مت او مات زيد
ولو قال ان مت وفلان فانت حر او قال انت حر بعد موتي وموت
فلان او قال فلان حر بعد موتي لم يكن مدبرا الا ان يموت فلان قبله
فيصير حينئذ مدبرا وانما لا يصير مدبرا للحال لانه يحتمل ان يموت
المولى اولا فلا يعتق لانه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا
يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا بعد ذلك وان مات فلان
ووجد الشرط الاخير فانما وجد بعد ما انتقل الملك الى الورثة ويحتمل
ان يموت فلان فيصير مدبرا ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير
المقيد ثم ينظر ان مات المولى اولا فقد صار ميراثا للورثة لما بينا وان
مات فلان اولا فقد صار مدبرا الا ان التدبير صار مطلقا وصار العبد
بحال يعتق بموت المولى ثم استشهد في الاصل فقال الا ترى انه لو قال

انت حر بعد كلامك فلانا او بعد موتي فكلم لانه بعد الكلام صار مدبرا مطلقا
كذا هاهنا وقد يكون بلفظ الوصية وهو ان يوصي لعبده بنفسه او برقبته
او بعتقه او بوصية تستغرق من جملتها رقبته او بعضها نحو ان يقول
له اوصيت بنفسك او برقبتك او بعتقك وكل ما يعبر به عن جملة
البدن لان الموصي يزيل ملكه بالوصية ثم ان كان الموصى له ممن يحتمل الملك
يزول الملك اليه والا فيزول لا الى احد والحر لا يحتمل ان يملك نفسه
لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة الملك لا الى احد
وهذا معنى الاعتاق بهذا الطريق جعل نفس العبد وهبتها له اعتاقا
فكذا هذا فيصير في معنى قوله انت حر بعد موتي وكذا لو قال له اوصيت
لك بثلث مالي لان رقبته من جملة ثلث ماله فيصير موصى له بثلثها
وكان هذا ازالة الملك لا الى احد فيكون اعتاقا وروى بشر عن ابي يوسف
فيمن اوصى لعبده بسهم من ماله انه يعتق بعد موته ولو اوصى له بجزء
من ماله لم يعتق ووجه الفرق ان السهم عبارة عن السدس فاذا
اوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية فاما اسم
الجزء فلا يتضمن الوصية بالرقبة لا محالة فكان الخيار فيه الى الورثة
فلهم التعيين فيما شاؤا والله اعلم واما المقيد فهو ان يعلق عتق
عبده بموته موصوفا بصفة او بموته وشرط اخر نحو ان يقول
ان مت من مرضي هذا او في سفري هذا فانت حر او يقول ان قتلت
فانت حر وان غرقت فانت حر وان حدث بي حدث من مرضي هذا
او في سفري هذا ونحو ذلك مما يحتمل ان يكون موته على تلك الصفة
ويحتمل ان لا يكون وكذا اذا ذكر مع موته شرطا اخر يحتمل الوجود
والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى
وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت وكفنت ودفنت
فانت حر فليس بمدبر يريد به في حق الاحكام المتعلقة بالتدبير
في حال حياة المدبر لانه علق العتق بالموت وبمعنى اخر فلم يكن مدبرا
مطلقا قال فان مات وهو في ملكه استحسن ان يعتق من الثلث
والقياس ان لا يعتق كما لو قال اذا مت ودخلت الدار فانت حر فمات
المولى ودخل العبد الدار انه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسن وقال انه يعتق
من الثلث لانه علق العتق بالموت وبما هو من علائقه فصار كما لو علقه بموت

فلو نا كان مدبرا وكذلك قوله اذا كلمت فلو نا فانت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا

بوصية صح

تبيح ح

بصفة

بصفة فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله اذا مت فدخلت الدار لان
دخوله الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بالموت بصفة فلم يكن مدبرا
اصلا بل كان يمينا مطلقا فيبطل بالموت كسائر الايمان ثم التدبير قد يكون
مطلقا وقد يكون معلقا بشرط وقد يكون مضافا الى وقت اما المطلق فما
ذكرنا واما المعلق فنحو ان يقول اذا كلمت فلانا او اذا قدم فلان فانت حر
لان التدبير اثبات حق الحرية وحقيقة الحرية تحتمل التعليق بالشرط فكذا
حق الحرية وذكر محمد رحمه الله في الاصل اذا قال انت حر بعد موتي ان شئت
فان نوى بقوله ان شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك صار مدبرا لانه
علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما اذا
قال ان دخلت الدار فانت مدبر وان عنى به مشيئة بعد الموت فليس للعبد
مشيئة حتى يموت المولى لانه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فاذا وجد
قبله لا يعتبر فاذا مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكر في
الاصل وذكر الحاكم في مختصره ان المراد منه ان يعتقه الوصي او الوارث
لان العتق هاهنا لم يتعلق بالموت وانما يتعلق به وبامر اخر بعد موته فيصير
بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب ان لا يعتق ما لم يعتق وكذا ذكر الجصاص انه
لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا وروى ابن سماعة وعيسى بن ابان وابو سليمان
عن محمد رحمه الله فيمن قال لرجل اذا مت فاعتق عبدي هذا ان شئت او قال
اذا مت فامر عبدي هذا بيدك فمات فقال الرجل اعتقته في المجلس او بعد المجلس
فله ان يعتقه لان هذا وصية بالاعتاق والوصايا لا تتقيد بالقبول فيها
بالمجلس وكذلك لو قال لعبدي هذا حر بعد موتي ان شئت فشاء في المجلس او
بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا ان الوصية لا تتقيد قبولها
بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة او الوصي او القاضي وهذا يؤيد
قول الحاكم والجصاص انه لا فرق بين المسألتين سوى ان هناك علق بمشيئة
العبد وهاهنا بمشيئة الاجنبي وكذلك لو قال لعبده انت حر ان شئت
بعد موتي فمات المولى وقام العبد من مجلسه الذي علم فيه بموت المولى
او اخذ في عمل اخر فان ذلك لا يبطل شيئا مما جعله اليه لما ذكرنا ان هذا وصية
بالاعتاق وليس بتمليك والوصية لا يتوقف قبولها على المجلس واما المضاف
الى وقت فنحو ان يقول انت مدبر غدا او راس شهر كذا فاذا جاء الوقت
صار مدبرا لان التدبير اثبات حق الحرية فيحتمل الاضافة كاثبات حقيقة الحرية

م بالموت صح

م بعد موته صح

ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الاضافة وروى بشر عن ابي يوسف فيمن
قال لعبده انت حر بعد موتي بشهر فليس بمدبر ولا يعتق وروى ابن الآن يعتق م
سماعة عن محمد انه قال القياس ان يكون باطلا الا ترى انه لو جنى قبل
الشهر دفع بالجناية ولو لحقه دين بيع فيه ووجه القياس ما ذكرنا
انه لما علق العتق بشهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك الى الورثة ولم
يبق الا مضي الزمان وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فبطل الا انهم
استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق واشار الى انتقال الملك الى الورثة بالموت
لان تصرف العاقل يحمل على الصحة ما امكن وامكن حمله على الوصية
بالاعتاق بعد مضي شهر بعد الموت فيحمل عليها ولو قال انت حر قبل موتي
بشهر فليس بمدبر لانه ما اضاف العتق اصلا بل اضافه الى زمان موصوف الى الموت م
بانه قبل موته بشهر من وقت التكلم وهو ايضا يحتمل الوجود والعدم
لجواز ان يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبرا للحال
واذا مضى شهر قبل موت المولى وهو في ملكه ذكر الكرخي في مختصره انه
مدبر في قول ابي حنيفة وزفر وعند ابي يوسف ومحمد لا وعلل القدوري
لابي حنيفة انه لما مضى الشهر صار كانه قال عند مضي الشهر انت حر
بعد موتي وذكر في الجامع انه لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف
وهو الصحيح اما على قول ابي حنيفة فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق
موت المولى وهاهنا ما اضاف العتق الى الموت اصلا بل اضافه الى اول الشهر
وكذا حكمه عند ابي حنيفة يثبت من اول الشهر بطريق الظهور او يستند
اليه والثابت بالتدبير يقتصر على حال الموت ولا يستند وبهذا تبين ان
ما ذكره القدوري لابي حنيفة من التعليل غير سديد واما على قولهما فقد
ذكر في النوادر انه يصير مدبرا مطلقا ووجهه انه لما مضى الشهر ظهر ان
عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كانه قال عند مضيه انت حر بعد
موتي فصار مدبرا مطلقا واما على ظاهر الرواية عندهما فلا يصير مدبرا
لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر متصل بالموت فيصير كانه قال انت
حر قبل موتي بساعة ولو قال يوم اموت فانت حر او انت حر يوم اموت
فان نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لانه نوى به حقيقة كلامه اذ
اليوم اسم لبياض النهار لغة ويجوز ان يموت بالليل لا بالنهار فلا يكون مدبرا مدبرا م
مطلقا وان عني به الوقت المبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد به الوقت

المطلق

المطلق قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن ولى بالليل لحقه الوعيد
المذكور وروى الحسن عن ابي حنيفة فيمن قال ان مت الى سنة او الى عشر او م
سنين فانت حر فليس بمدبر لانه علق عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود
والعدم فان قال ان مت الى مائة سنة ومثله لا يعيش الى ذلك في الغالب فهو مدبر
لان موته في تلك المدة كائن لا محالة وروى هشام عن محمد فيمن قال انت مدبر
بعد موتي فهو مدبر الساعة لانه اضاف التدبير الى ما بعد الموت والتدبير
بعد الموت لا يتصور فيلغو قوله بعد موتي ويبقى قوله انت مدبر او يجعل
قوله انت مدبر انت حر فيصير كانه قال انت حر بعد موتي ولو قال انت
الصغير م حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت كذا ذكر في الجامع وهو جواب
ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف ان القبول فيه على حالة الحياة لا بعد الموت
ولا يلزمه المال م فاذا قبل في المجلس صح التدبير وصار مدبرا واذا مات عتق ولا شيء عليه
وجه قوله ان هذا ايجاب العتق في الحال بعوض الا ان العتق يتاخر الى ما بعد
الموت فكان القبول في المجلس كما اذا قال ان شئت فانت حر راس الشهر
تعتبر المشيئة في المجلس لثبوت الحرية في راس الشهر كذا هاهنا فاذا قبل في
لان المدبر مملوك للمولى مطلقا فلا يجب للمولى عليه دين فاذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال م
المجلس صح التدبير ولا يلزمه المال لانه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه
وقت العتق وجه ظاهر الرواية انه اضاف الايجاب الى ما بعد الموت
فيكون القبول بعد الموت اذ القبول بعد الايجاب يكون ولان الاعتاق بعد
الموت وصية بدليل اعتباره من الثلث وقبول الوصايا بعد الموت واذا كان
القبول بعد الموت بنفس القبول ولا يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي لم يذكر
هذا في الجامع الصغير واذا قال انت مدبر على الف فقبل فهو مدبر والمال
ساقط كذا ذكر الكرخي لانه علق التدبير بشرط وهو قبول المال واذا قبل
صار مدبرا والمدبر على ملك المولى فلا يجوز ان يلزمه دين لمولاه فيسقط
وروى بشر عن ابي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده انت مدبر على الف
قال ابو حنيفة ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه قبل او لم يقبل فان مات
وهو في ملكه فقال قد قبلت ادى الالف وعتق وهو رواية عمرو عن
محمد رحمه الله وقال ابو يوسف ان لم يقبل حتى مات ليس له ان يقبل فظاهر
قوله ادى الالف وعتق يقتضي ثبوت العتق من غير اعتاق الوارث والوصي
على م وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اذا قال اذا مت فانت حر على الف
درهم فانما يحتاج الى القبول بعد الوفاة الا على رواية ابي يوسف مما بينا واذا

قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى يعتقه الوارث او الوصي لان العتق قد
تاخر وقوعه عن الموت لا يقع الا بايقاع من الوارث او الوصي لانه يكون
وصية بالاعتاق فلا يقع قبل وجود الاعتاق كما اذا قال انت حر بعد موتي
بيوم او بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث او الوصي بعد مضي اليوم او الشهر
لما قلنا كذا هاهنا ثم في الوصية بالاعتاق يملك الوارث الاعتاق تنجيزا او تعليقا
حتى لو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق والوصي
يملك التنجيز لا التعليق حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق لان الوارث
يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه كانه هو والوصي يتصرف
بالامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر والوكيل بالاعتاق لا يملك التعليق
ولو اعتقه الوصي او الوارث عن كفارة لزمته لا تسقط عنه لانه يعتق عن
الميت والولاء من الميت لا من الوارث لان الاعتاق منه من حيث المعنى ولو قال
انت حر على الف درهم بعد موتي فالقبول في هذا في الحياة بلا خلاف لانه
جعل القبول في الحال شرطا لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار
مدبرا ولا يجب المال لما قلنا فاذا مات عتق ولا شي عليه وهذا حجة ابي
يوسف في المسايل المتقدمة والله الموفق ولو قال كل مملوك املكه فهو حر
بعد موتي فما في ملكه صار مدبرا وما يستقبل يعتق من الثلث بغير
تدبير وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يدخل في هذا
الكلام ما يستفيده مراده الان الحال مع الاستقبال معنيان مختلفان واللفظ
الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين ولهذا لم يدخل المستفاد في هذا
اللفظ في الاعتاق البات كذا في التدبير ولهما ان التدبير فيه معنى اليمين
ومعنى الوصية اما معنى اليمين فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين
ان كان لا يصح الا في الملك القايم او مضافا الى الملك او سببه فالوصية
تتعلق بما في ملك الموصي وبما يستحدث الملك فيه فان من اوصى بثلث ماله
يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيد الى وقت الموت قوله اللفظ الواحد لا
يشتمل على معنيين مختلفين قلنا وقد يشتمل كالكتابة والاعتاق على مال
فانهما يشتملان على معنى اليمين والمعاوضة كذا هذا والله الموفق فصل
واما شرايط الركن فانواع بعضها يعم نوعي التدبير اعني المطلق والمقيد
وبعضها يخص احدهما وهو المطلق اما الذي يعم النوعين فما ذكرنا في كتاب
العتاق فلا يصح التدبير الا بعد صدور ركنه مطلقا عن الاستثناء من اهله مضافا

الى محله ولا يصح الا في الملك سواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت
او مضافا الى الملك او سبب الملك نحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت
مدبر او ان اشتريتك فانت مدبر لان التدبير اثبات حقيقة الحرية بعد الموت
واثبات حق الحرية في الحال فلا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك في الحال
لانه اذا كان موجودا في الحال فالظاهر دوامه الى وقت وجود الشرط
والوقت واذا لم يكن موجودا فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند
وجود الشرط والوقت ولا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير
ايضا على ما نذكر في بيان حكم التدبير ومنها ان يكون التعليق لموت المولى
حتى لو علق بموت غيره بان قال ان مات فلان فانت حر لا يصير مدبرا
اصلا واما الذي يخص احدهما دون الاخر فنوعان احدهما ان يكون التعليق
بمطلق موت المولى فان كان موصوفا بصفة فلا يكون تدبيرا مطلقا بل يكون
مقيدا والثاني ان يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته وشرط اخر
لا يكون ذلك تدبيرا مطلقا وقد ذكرنا المسايل المتعلقة بهذين الشرطين
فيما تقدم والله الموفق فصل واما صفة التدبير فمتجزي في قول ابي
حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد لا يتجزى لانه باعتبار الحال اثبات
حق الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية تتجزى
عنده وعندهما لا تتجزى كذا اثبات حق الحرية باعتبار المال وهو اثبات
حقيقة الحرية فكانت اعتاقا فكان الاختلاف فيه لازما وعلى هذا يخرج
عبد بين اثنين دبره احدهما ان على قول ابي حنيفة صار نصيبه خاصة
مدبرا ونصيب شريكه على ملكه لان التدبير متجزي عنده فيقتصر على نصيبه
ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات ان شا اعتق وان شا
دبر وان شا كاتب وان شا استسعى العبد وان شا ضمن وان شا تركه على حاله
اما خيار التدبير والاعتاق والمكاتبة والاستسعا فلان نصيبه بقي على
ملكه في حق التخريج الى العتاق واما خيار التضمين فلانه بالتدبير اخرجه
من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد اتلفه
عليه في حق هذه التصرفات فكان له ولاية التضمين واما خيار الترك على
حاله فلان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز ابقاوه على الرق وانه مفيد لان له
ان ينتفع به منفعة الكسب والخدمة فلا يكلف بالتخريج الى الحرية ما لم
يمت المدبر فان اختار الاعتاق فاعتق فللمدبر ان يرجع على المعتق بنصف قيمته

مدبرًا لانه اتلف عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبرا والولا بينهما لان
الاعتاق منهما لان نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال الى المعتق لان التدبير يمنع من
ذلك وللمعتق ان يرجع على العبد بما ضمن لان منفعة الاعتاق حصلت له وان
شا المدبر اعتق نصيبه وان شا كاتب وان شا استسعى وليس له الترك على
حاله لانه معتق البعض فيجب تخريجه الى العتاق وهذا ان كان المعتق موسرًا
فان كان معسرًا فللمدبر ثلاث خيارات ان شا اعتق وان شا كاتبه وان شا
استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض فيجب تخريجه الى العتاق
وان شا اختار التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبرا بينهما وساوى شريكه
في التصرف ثم مات احدهما عتق نصيب الميت بالتدبير ويكون من الثلث لان
التدبير وصية ويسعى في نصف قيمته للباقي ان شا لانه صار معتق البعض
وان شا اعتق وان شا كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا فان مات الشريك
الاخر قبل اخذ السعاية وله مال يخرج نصيبه من ثلثه عتق نصيبه ايضا
من الثلث لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت المولى والمدبر
اذا عتق بموت المولى وقيمته تخرج من الثلث لا تجب عليه السعاية
وقيل هذا على قياس قول ابي حنيفة فاما على قياس قولهما لا تبطل لان
الاعتاق عندهما لا يتجزى فقد عتق كله بموت الاول فوجبت السعاية عليه
وهو حر وكان ذلك بمنزلة دين وجب على الحر فلا يسقط بالموت واما السعاية وهو حر
على قول ابي حنيفة فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يود السعاية اذا
اختار السعاية لان الاعتاق متجز عنده فاذا مات الشريك فهذا مدبر مات
مولاه وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية وان اختار الكتابة
فكاتبه صحت الكتابة لان نصيبه على ملكه فان ادى فعتق مضى الامر
وان مات المولى قبل الادا وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه السعاية فان
كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين اصحابنا
الثلاثة نذكره فيما بعد ان شا الله تعالى وان اختار تضمين المدبر
فضمنه فقد صار العبد كله للمدبر لانتقال نصيب شريكه اليه بالضمان
والولا كله للمدبر لان كله عتق على ملكه وللمدبر ان يرجع بما ضمن على العبد
ويستسعيه لان الشريك كان له ان يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه
فيما كان له فان مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال لان نصفه قد صار مدبرا
فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا ويسعى في النصف الاخير كاملا للورثة

لان ذلك النصف كان قنا وان شاوا اعتقوا ذلك النصف وان شاوا دبروا وان شاوا كاتبوا وان صح
شاوا تركوه على حاله فان اختار الاستسعا سعى العبد في نصف قيمته فاذا ادى
يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدبر شيا لان العتق حصل بسبب لا
صنع له فيه ولم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر ان يرجع على
العبد فيستسعيه لان العبد صار كمعتق البعض فاذا ادى يعتق كله والولا
بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه فان مات المدبر قبل ان ياخذ
السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا وان
اختار ترك نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثا عنه فينتقل
الخيار الى الورثة في التدبير والاعتاق والكتابة والاستسعا والترك على حاله
لان نصيبه انتقل اليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدبر عتق ذلك
النصف من الثلث ولغير المدبر ان يستسعي العبد في نصف قيمته ان شا وان شا
اعتق وان شا دبر وان شا كاتب وليس له خيار الترك لانه صار معتق
البعض فيجب تخريجه الى العتق لا محالة والولا بينهما لان نصيب كل واحد منهما
عتق على ملكه هذا اذا كان المدبر موسرًا فان كان معسرًا فللشريك الخيارات
التي ذكرنا الا الخيار التضمين واما على قولهما اذا دبر نصيبه فقد صار كله
مدبرا لان التدبير لا يتجزى عندهما ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسرا
كان او معسرًا فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان في الاعتاق لا يضمن اذا
كان معسرا وانما يسعى العبد لان هذا ضمان اتلاف او ضمان تملك او ضمان حبس
المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار في اصول الشرع الا ان السعاية في
باب الاعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص ولان بالاعتاق قد زال العبد عن
ملك المعتق وصار حرا فيسعى وهو حر وهاهنا الملك قايم بعد التدبير
وكسب المدبر على ملك مولاه فلا يمكن القول بالاستسعا هذا اذا دبره احدهما
او دبراه على التعاقب وان دبراه معا بان قال كل واحد منهما قد دبرتك
او انت مدبر او نصيبي منك مدبر او قال اذا مت فانت حر او انت حر بعد موتي
وخرج الكلامان معًا صار مدبرا لهما بالاتفاق لان تدبير كل واحد منهما
صادف ملك نفسه فصار العبد مدبرا بينهما فاذا مات احدهما عتق نصيبه
من الثلث والاخر بالخيار ان شا اعتق وان شا كاتب وان شا استسعى وليس له
ان يتركه على حاله لانه صار معتق البعض فاذا مات الباقي قبل اخذ السعاية ٢ منهما م
بطلت السعاية وعتق ان كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالا جميعا اذا

متنا فانت حرا وانت حر بعد موتنا وخرج كلامهما معا لا يصير مدبرا لان كل واحد منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كل واحد منهما قال ان مت انا وفلان الا اذا مات احدهما فيصير نصيب الباقي منهما مدبرا لصيرورة عتقه معلقا بموت المولى مطلقا وصار نصيب الميت ميراثا لورثته ولهم الخيار ان شاءوا اعتقوا وان شاءوا دبروا وان شاءوا كاتبوا وان شاءوا استسعوا وان شاءوا ضمنوا الشريك ان كان موسرا واذا مات الاخر عتق نصيبه من الثلث هذا اذا دبره احدهما او كلاهما فان دبره احدهما واعتقه الاخر فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان خرج الكلامان على التعاقب واما ان خرجا معا فان خرجا على التعاقب فاما ان علم السابق منهما واما ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقا بان اعتقه احدهما اولا ثم دبره الاخر فاما على قول ابي يوسف ومحمد فكما اعتقه احدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزى وتدبير الشريك باطل لانه صادف الحر والولاء كله للمعتق لان كله عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسرا وعلى العبد السعاية ان كان معسرا لما ذكرنا في كتاب الاعتاق فصار كعبد بين اثنين اعتقه احدهما وسكت الاخر وقد ذكرناه فيما تقدم واما على قول ابي حنيفة اذا اعتقه احدهما فلم يعتق الا نصيبه لتجزي الاعتاق عنده فلما دبره الاخر فقد صح تدبيره لانه دبر ملك نفسه فصح وصار مبرئا للمعتق عن الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خيارات منها التضمين ومنها التدبير فاذا دبر فقد استوفى حقه فبرئ المعتق عن الضمان ولانه انما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه الى المعتق بالضمان وقد خرج عن احتمال النقل بالتدبير فقد سقط الضمان والمدبر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه الذي صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء استسعى العبد وليس له ان يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فيجب تخريجه الى العتاق بالطرق التي بينا واذا مات المدبر عتق نصيبه الذي صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كله عتق باعتاقهما النصف بالاعتاق والبات والنصف بالتدبير فعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه وان كان التدبير سابقا بان دبره احدهما اولا ثم اعتقه الاخر فعلى قولهما كما دبره احدهما صار مدبرا كله لان التدبير عندهما لا يتجزى كالاعتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه فان سواء كان موسرا او معسرا لما بينا واما على قول ابي حنيفة

فلم يصر كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزي التدبير عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصيبه وللمدبر ان يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبرا ان كان المعتق موسرا لما بينا فيما تقدم وان شاء اعتق نصيبه الذي هو مدبر وان شاء استسعى العبد وليس له ان يتركه على حاله لانه معتق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع احدهما على صاحبه بضمان لان الضمان انما يجب باتلاف مال الغير فاذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان ومنهم من قال هذا على قياس قول ابي حنيفة لان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما متجزئ عنده فصح التدبير في النصف والاعتاق في النصف فاما على قياس قولهما ينفذ الاعتاق ويبطل التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزيان والاعتاق اقوى فيدفع الادنى وان كان احدهما سابقا لكن لا يعلم السابق منهما فالجواب ما ذكر في الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد للمدبر ويسعى العبد له في الربع الاخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من قال هذا قول ابي حنيفة واما عندهما فالجواب فيه وفيما اذا خرج الكلامان معا سواء ووجه قولهما ان كل امرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معا في اصول الشرع كالحرقى والغرقى والهدمى ولهذا قال بعض اهل الاصول في النص العام والخاص اذا تعارضا وجهل التاريخ انه يجعل كانهما وردا معا ويبنى العام على الخاص على طريق البيان ويكون المراد من النص العام ما وراء القدر المخصوص وجه قياس قول ابي حنيفة انه وقع الشك في وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك في سبب وجوبه لان التدبير ان كان لاحقا كان المدبر بالتدبير مبرئا للمعتق عن الضمان لما مر وان كان سابقا يجب الضمان على المعتق فوقع الشك في الوجوب والوجوب لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك وجه الاستحسان ان اعتبار الاحوال وهو ان الاعتاق ان كان متقدما على التدبير فقد ابرأ المدبر المعتق عن الضمان وان كان متاخرا فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالاعتاق بعده فاذا الضمان على المدبر في الحالين جميعا والمعتق يضمن في حال ولا يضمن في حال والمضمون هو النصف فيتنصف فيضمن ربع قيمة العبد ويسعى العبد للمدبر في الربع الاخر لانه لما تعذر التضمين فيه وجب تخريجه الى العتاق فخرج بالسعاية كما لو كان المعتق موسرا والله اعلم في مدبرة بين اثنين جاءت بولد ولم يدع احدهما فهو مدبر بينهما كامه

لان ولد المدبرة مدبر لما نذكر في بيان حكم التدبير فان ادعاه احدهما فالقياس
ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر واليه مال الطحاوي من اصحابنا
وفي الاستحسان يثبت وجه القياس انهما لما دبراه فقد ثبت حق الولا لهما
جميعا لانه ولد مدبرتهما جميعا وفي اثبات النسب من المدعي ابطال هذا
الحق عليه والولا لا يلحقه الفسخ وجه الاستحسان ان النسب قد ثبت في
نصيب المدعي لوجود سبب الثبوت وهو الوطي في الملك واذا ثبت
في نصيبه ثبت في نصيب شريكه لان النسب لا يتجزى فاما قوله حق الولا
لا يحتمل الفسخ فنقول نحن نثبت النسب ولا نسقط حق الولا لانه لا تنافي
بينهما فنثبت النسب من الشريك المدعي ونبقي نصف الولا للشريك الاخر
ونبقي نصف الجارية ام ولد له ونصفها مدبرة للشريك على حالها فان
قيل الاستيلاد لا يتجزى وهذا قول بالتجزية فالجواب ما ذكرنا انه متجزي في كتاب العتاق صح
نفسه عند ابي حنيفة كالاعتاق الا انه يتكامل في بعض المواضع على انا نقول لوجود سبب التكامل صح
الاستيلاد لا يتجزى فيما يحتمل نقل الملك فيه فاما فيما لا يحتمل فهو متجز
وهاهنا لا يحتمل لما نذكر ويغرم المدعي نصف العقر لشريكه ونصف قيمة
الولد مدبرا ولا يضمن نصف قيمة الام اما وجوب نصف العقر فلانه اقر
بالوطي في ملك غيره لاقراره بوطي مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان
الحد لم يثبت للشبهة لان نصف الجارية ملكه فيجب العقر ويغرم نصف
قيمة الولد مدبرا لانه بالدعوة اتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهرا لانه
حصل من محل هو ملكهما فاذا ادعاه فقد اتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث
الظاهر باخراجه لانه اتلف نصف المدبر ولا يغرم نصف قيمة الجارية
لان نصيب الشريك قد بقي على ملكه ولم تصر الجارية كلها ام ولد له لان استيلاد
نصيب شريكه يعتمد تملك نصيبه ونصيبه لا يحتمل التملك لكونه مدبرا
بخلاف الامة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه احدهما انه يثبت
النسب ويغرم نصف عقر الجارية لشريكه وتصير الجارية كلها ام
ولد له ولا يغرم من قيمة الولد شيئا لان هناك نصيب الشريك يحتمل النقل
فامكن القول بتملك نصيبه بدل لضرورة صحة الاستيلاد والتملك يستند
الى وقت العلوق فيتبين ان الولد حدث على ملكه فلا يكون مضمونا عليه وهاهنا
نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعي وينفرد
الولد بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان فان مات المدعي او لا عتق

نصيبه

نصيبه بغير شي لان نصيبه ام ولد له فلا تسعى في نصيبه ولا يضمن
للشريك الساكت شيئا لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت وتسعى
في نصيب الاخر في قولهم جميعا لان نصيبه مدبر فان مات الاخر قبل
ان ياخذ السعاية عتق كلها ان خرجت من ثلث ماله وبطلت السعاية
عنها في قياس قول ابي حنيفة وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على ان
الاعتاق يتجزى عنده وعندهما لا يتجزى وقد ذكرنا وجه البناء فيما
تقدم وان مات الذي لم يدع اولا عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر
له ولا تسعى في نصيب الاخر في قول ابي حنيفة لان نصيبه ام ولد له ورق
ام الولد ليس بمتقوم عنده وفي قولهما تسعى لان رقها متقوم والله اعلم
فان لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولدا اخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر
لانه اقر بوطي مدبرة مشتركة بينهما وايهما مات يعتق كل الجارية لان
م يصيب صح نصيب كل واحد منهما ام ولد وام الولد اذا عتق بعضها عتق كلها ولا
سعاية عليها وان ادعياه جميعا معا ثبت نسبه منهما جميعا وصارت
وقوم الجارية ام ولد لهما جميعا وبطل التدبير الى خلف وهو خير الاستيلاد
لان عتق الاستيلاد ينفذ من جميع المال فكان خيرا لها من التدبير وحكم
الضمان والكسب في القن ما هو الحكم في الجارية القنة وسنذكر في كتاب الاستيلاد
ان شاء الله تعالى ولو دبر عبده ثم كاتبه جازت الكتابة لما ذكرنا الا ان فان
ادى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق وهو اداء الكتابة
وان لم يؤد حتى مات المولى عتق المولى ايضا اذا كان يخرج كله من ثلث مال
المولى لوجود شرط العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج
المدبر من ثلث المال ولا سعاية عليه لان عتق المدبر وصية والوصية
في الثلث نافذة فاذا خرج كله من الثلث عتق كله من غير سعاية وان
لم يكن له مال اخر سواه فله الخيار ان شاء سعى في جميع الكتابة وان شاء
سعى في ثلثي قيمته فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية
في ثلثي قيمته يسعى حالا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يسعى في
الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي
الكتابة ومن ثلثي القيمة فالخلاف في هذه المسألة يقع في فصلين احدهما
في الخيار في الخيار والثاني في المقدار والخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المقدار
بين ابي حنيفة وبين ابي يوسف وبين محمد اما فصل الخيار فالخلاف فيه

مبني على ان العتق يتجزى عند ابي حنيفة وعندهما لا يتجزى ووجه البناء على هذا الاصل انه لما كان متجزيا عنده لم يعتق بموت المولى الا ثلث العبد وبقي الثلثان منه رقيقا وقد توجه الى الثلثين العتق من جهتين احدهما الكتابة باداء بدل مؤجل والثانية التدبير بسعاية ثلثي القيمة معجلا فيتخير ان شاء مال الى هذا وان شاء مال الى ذلك ولما لم يكن العتق متجزيا عندهما فاذا عتق ثلثه بالموت فقد عتق كله وبطل التاجيل في بدل الكتابة وصار المال جميعا حالا وعليه احد المالين اما الكتابة واما السعاية واحدهما اقل والاخر اكثر فلا فائدة في التخيير لانه يختار الاقل لا محالة ولان الواجب اذا كان احد المالين واحدهما اكثر من الاخر كان الاقل متيقنا به فيلزمه ذلك واما فصل المقدار فوجه قول محمد ان بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة لان العقد انعقد عليه حيث قال كاتبتك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل فبقي الثلثان ولان ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد يسقط عنه كل بدل الكتابة فاذا كان مثل ثلث قيمته يجب ان يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى في الاقل من ثلثي الكتابة وثلثي القيمة لما قلنا ولهما ان العبد قد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة لانه يسلم له ذلك كيف ما كان فاذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وانما يقابل الثلثين فاذا قال كاتبتك على كذا فقد جعل المال بمقابلة ما لا يصح المقابلة به وهو الثلث وبمقابلة ما يصح المقابلة به وهو الثلثان فينصرف كل البدل الى ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امراته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على الف درهم لزمها كل الالف لما قلنا وكذا اذا جمع بين من يحل نكاحها وبين من لا يحل نكاحها وتزوجهما بالف درهم وجب الالف كلها بمقابلة من يحل له نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شيء بخلاف ما اذا خرج كله من الثلث لان هناك يسلم له جميع رقبته فلزم القول بالبراءة هذا اذا دبر عبده ثم كاتبه واذا كاتبه ثم دبره ثم مات المولى فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله ان شاء سعى في ثلثي القيمة وان شاء سعى في ثلثي الكتابة وعندهما يسعى في الاقل من ثلثي القيمة ومن ثلثي الكتابة وقد اتفقوا على المقدار هاهنا

حيث قال لو ان مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيئا من رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فسقط ما كان بازائه من البدل فيبقى الثلثان بلا خلاف وانما اختلفوا في الخيار فعند ابي حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلا وبين ثلثي القيمة معجلا وعندهما يجب عليه الاقل منهما بناء على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه على ما بينا في الفصل الاول والله الموفق

فصل واما حكم التدبير فنوعان نوع يرجع الى حال حياة المدبر ونوع يرجع الى ما بعد موته اما الذي يرجع الى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر اذا كان التدبير مطلقا وهذا عندنا وعند الشافعي لا حكم له في حال حياة المدبر راسا فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصورا عليه وعلى هذا ينبني بيع المدبر المطلق انه لا يجوز عندنا وعنده جائز ويجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع احتج الشافعي بما روي عن عطا انه قال ان رجلا دبر عبدا له فاحتاج فباعه رسول الله بثمان مائة درهم وادى دينه فعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز ولان التدبير تعليق العتق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كسائر التعليقات بالشروط من دخول الدار وكلام زيد ونحو ذلك وكالتدبير المقيد ولان فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما اذا اوصى بعتق عبده ثم باعه ولنا ما روي عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وهذا نص في الباب وعن ابي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الانصاري رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المدبر ومطلق النهي يحمل على التحريم وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر مثل مذهبنا وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وابي جعفر محمد بن علي ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبي والحسن البصري والزهري وسعيد بن جبير وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد وقتادة حتى قال ابو حنيفة رحمه الله لولا قول هولاء الاجلاء لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر ولنا الاثبات حق الحرية بضرورة الاجماع ودلالة الغرض المدبر اما ضرورة الاجماع فهي ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية

لا بد لها من سبب ولا سبب هنا سوى الكلام السابق فلا يخلو اما ان يجعل سببا للحال واما ان يجعل سببا بعد الشرط ولا سبيل الى الثاني لانه ليس من اهل مباشرة السبب فتعين ان يكون سببا عند وجوده فكان الكلام السابق سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولسنا نعني بثبوت حق الحرية للمدبر الا هذا وهذا يمنع جواز البيع لان البيع ابطال السببية اذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع واما دلالة الغرض فهو ان غرض المدبر من التدبير ان تسلم الحرية للمدبر عند وفاته اوحقا لحرمته القديمة مع بقاء منافعه على ملكه في حياته لحاجته اليها ولا طريق الى تحصيل الغرضين الا بجعل التدبير سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت اذ لو ثبتت الحرية في الحال لفات غرض الانتفاع به ولو لم تنعقد سببا راسا لفات غرضه في العتق لجواز ان يبيعه لشدة غضب او غير ذلك فكان انعقاده سببا في الحال وتاخير الحرية الى ما بعد الموت طريقا لاحراز الغرضين فيثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام بها اذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض فان قيل هذا مناقض لاصلكم لان التدبير تعليق العتق بالشرط ومن اصلكم ان التعليقات ليست اسبابا للحال وانما تصير اسبابا عند وجود شروطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وهاهنا جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة في الاصل والتناقض في الاصل دليل فساد الفرع فالجواب ان هذا اصلنا فيما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سببا في الحال وفي التعليق بساير الشروط امكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وهاهنا لا يمكن لما بينا ولان في التعليق بساير الشروط اراد المتكلم كونه سببا عند الشرط وهاهنا اراد كونه سببا للحال لما قلنا واما حديث عطا فيحتمل ان ذلك كان مدبرا مقيدا وقوله باع حكاية فعل لا عموم له او يحتمل ان يكون معنى قوله باع اي آجر لان الاجارة تسمى بيعا بلغة اهل المدينة وهكذا روى محمد بن الحسن رحمه الله باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة مدبر ولم يبع رقبته ويحتمل ان ذلك كان في ابتدا الاسلام حين كان بيع الحر مشروعا على ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق ثم صار منسوخا بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المدبر الحاقا للحق بالحقيقة في باب الحرمات واما المدبر المقيد فهنا لا يمكن ان يجعل الكلام سببا للحال لان الامر متردد بين ان يموت من ذلك المرض وفي ذلك السفر او لا يموت فكان الشرط محتمل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سببا للحال

كالتعليق

كالتعليق بساير الشروط وكذا لما علق العتق بامر يحتمل الوجود والعدم دل انه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب الى الله تعالى باعتاق هذا العبد ولا قضا حق الخدمة القديمة اذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كاين لا محالة واما قوله ان في التدبير معنى الوصية فنسلم لكن هذه وصية لازمة لثبوتها في ضمن امر لازم وهو اليمين فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالاعتاق فان قيل هذا يشكل بالتدبير المقيد فانه يتضمن معنى الوصية اللازمة ومع هذا يجوز بيعه قيل معنى الوصية فيه للحال لم يترد لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة وهاهنا بخلافه واذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق في الحال فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز وعلى هذا تخرج المسايل لا يجوز بيعه ولا هبته ولا التصدق به ولا الوصية به لانها تصرف تمليك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه لان الرهن والارتهان من باب ايفا الدين واستيفايه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها ويجوز اجارته لانها لا تبطل هذا الحق لانها تصرف في المنفعة بالتمليك لا في العين والمنافع على ملك المدبر وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته وبيع خدمة المدبر بيع منفعته وهو معنى الاجارة ويجوز الاستخدام وكذا الاستمتاع والوطي في الامة لانها استيفا المنافع ويجوز التزويج لان التزويج تمليك وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه كان يطا مدبرته ولان الاستيلاد اكثر من التدبير لانه يوجب الحرية من جميع المال والتدبير من الثلث ثم الاستيلاد لا يمنع من الاجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطي والتزويج في الامة فالتدبير اولى والاجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه والارش له لانه بدل جزء فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لان رقبته لا تحتمل البيع لما بينا ويتعلق بكسبه ويسعى في ديونه بالغة ما بلغت وجنايته على المولى وهو الاقل من قيمته ومن ارش الجناية ولا يضمن المولى اكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنايات لما نذكر في كتاب الجنايات ويجوز اعتاقه لانه ايصال الى حقيقة الحرية معجلا ولان المنع من البيع ونحوه لما فيه من منعه من وصوله الى هذا المقصود فمن المحال ان يمنع من ايصاله اليه ولهذا المعنى جاز اعتاق ام الولد لان المدبر ويجوز مكاتبته لانه يريد

لغرض

تمام

المنافع م

تعجيل الحرية اليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة ام الولد وولد المدبرة من غير
مدبرها بمنزلتها للاجماع الصحابة على ذلك فانه روي عن عبد الله بن مسعود رضي — سيدها
الله عنه انه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها وروي
ان عثمان رضي الله عنه خوصم اليه في اولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير
عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا وهو قول شريح ومسروق وعطا وطاوس
ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة رحمة الله عليهم اجمعين ولا — [illegible]
يعرف في السلف خلاف ذلك واما قال به بعض اصحاب الشافعي فلا
يعتد بقوله لمخالفته الاجماع ولان حق الحرية يسري الى الولد كولد ام الولد
وما ولدته قبل التدبير فهو قن لقضية عثمان بحضرة الصحابة ولان حق الحرية
لم يكن ثابتا في الام وقت الولادة حتى يسري الى الولد ولو اختلف المولى والمدبرة
في ولدها فقال المولى ولدته قبل التدبير وهو رقيق وقالت هي بل
ولدته بعد التدبير وهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه وتحلفه على
علمه لان الولادة ليست فعله والبينة بينة المدبرة لان فيها اثبات التدبير
ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدته قبل العتق وهو
رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال ان كان الولد في
يدها فالقول قولها وان كان في يد المولى فالقول قوله لانه اذا كان في يدها
كان الظاهر شاهدا لها بخلاف المدبرة لانها في يد المولى وكذا ولدها شاهدا
له على كل حال فكان القول قوله ولو قال لامة لا يملكها ان ملكتك فانت مدبرة
او ان اشتريتك فانت مدبرة فولدت ولدا ثم اشتراهما جميعا فالام مدبرة
والولد رقيق لان الام انما صارت مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط في حق
الولد وانه منفصل فلا يسري اليه تدبير الام والله الموفق واما الذي
يرجع الى ما بعد موت المدبر فمنها عتق المدبر لان عتقه كان معلقا بموت المولى
والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط ويستوي فيه المدبر المطلق
والمقيد لان عتق كل واحد منهما معلق بالشرط الا ان الشرط في المقيد الموت
الموصوف بصفة فاذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسوا
كان الموت حقيقة او حكما بالردة بان ارتد المولى عن الاسلام والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بدار الحرب تجري مجرى الموت في زوال الاملاك
ولذلك المستامن اذا اشترى عبدا في دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب

(هامش: على علمه والبينة بينة المدبرة لان المدبرة تدعي سراية التدبير الى الولد والمولى ينكر فكان القول قوله مع يمينه ٢)

(هامش: ان كان في ايديهما)

(هامش: واذا كان في يده كان الظاهر شاهدا له ص)

فاسترق

فاسترق الحربي عتق مدبره لان الاسترقاق اوجب زوال ملكه عن امواله حكما
فكان بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة الذي ليس من مولاها لانه تبعها في حق
الحرية فكان في حقيقة الحرية ويستوي فيه المطلق والمقيد لان معنى التبعية
لا يوجب الفصل ومنها ان عتقه يحتسب من ثلث مال المولى وهذا قول
عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم وهو قول سعيد بن جبير وشريح
والحسن وابن سيرين رحمهم الله تعالى وروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله
عنه ان عتقه من جميع المال وهو قول ابراهيم النخعي وحماد رحمهم الله وجعلوه
كام الولد ولنا ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع
ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية والوصية والوصية تعتبر
من ثلث المال كساير الوصايا وسوا كان التدبير في المرض او في الصحة لانه
وصية في الحالين وسوا كان المدبر مطلقا او مقيدا لعموم الحديث الا انه
خص منه المقيد في حق البيع والهبة فيعمل بعمومه في حق الاعتبار من الثلث
ولان معنى الوصية توجد في النوعين وانه يقتضي اعتباره من الثلث ويعتبر
من ثلث المال يوم مات المولى لان في الوصايا هكذا يعتبر واذا كان اعتبار
عتقه من ثلث مال المولى فان كان يخرج كله من ثلث مال المولى بان كان له مال
اخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وان لم يكن له مال اخر سواه يعتق ثلثه
ويسعى في الثلثين للورثة هذا اذا لم يكن على المولى دين فان كان عليه دين يسعى
في جميع قيمته في قضا دين المولى لان الدين مقدم على الوصية ومنها
ان ولا المدبر للمدبر وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبرة بين اثنين جاءت
بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه
من الولد والولا بينهما لان حق الحرية ثابت في الحال عندنا وانه يثبت حق الولا
وانه لا يحتمل الفسخ وكذا المدبر بين شريكين اعتقه احدهما لما ذكرنا لما تقدم
وعلى قول ابي يوسف ومحمد اذا اعتق احدهما نصيبه عتق جميعه والولا
بينهما فصل واما بيان ما يظهر به التدبير فالتدبير يظهر بما يظهر به
الاعتاق البات وهو الاقرار والبينة لانه اثبات حق الحرية في الحال فيعتبر
الحق بالحقيقة وهو اثبات حقيقة الحرية بعد الموت فنعتبر بالاثبات في
الحال وذا يظهر باحد الامرين فكذا هذا اذا عرف هذا فنقول اذا ادعى
المملوك التدبير فانكر المولى واقام البينة قبلت بينته بلا خلاف فان لم يدع وانكرهما
التدبير مع المولى لا تقبل البينة على التدبير من غير دعوى في قول ابي حنيفة وعند

(هامش: لانه المعتق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ولا ينتقل عنه الولاء عن المدبر ٢)

(هامش: وهو موسر فضمن عتق بالضمان ولم ينتقل الولاء عن الشركة في قول ابي حنيفة ص — بلغ)

(هامش: العبد ٢)

تقبل والحجة على نحو ما ذكرنا في الاعتاق والبات الا ان الشهادة على عتق الامة تقبل من
غير دعواها بالاجماع والشهادة على تدبير الامة على الاختلاف لان تدبير
الامة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى ولو شهدا
انه دبر احد عبديه بغير عينه في الصحة فالشهادة باطلة في قول ابي حنيفة
لان المدعي مجهول وعندهما تقبل ولو شهدا ان ذلك كان في المرض تقبل عنده
استحسانا والقياس ان لا تقبل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان
في كتاب العتاق ولو شهدا انه قال هذا حر وهذا مدبر لم تجز شهادتهما
في قول ابي حنيفة لجهالة المدعي ولو شهدا انه قال هذا حر بعد موتي لا بل هذا
كانا جميعا مدبرين ويعتقان بعد موته من ثلثه لانه لما قال هذا حر بعد
موتي فقد صار مدبرا فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الاول وتدارك بالثاني
ورجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما اذا قال لاحدى امرأتيه هذه طالق لا بل
هذه ولو شهدا انه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر جازت الشهادة لهما
لانه اعتق الاول ثم رجع وتدارك بالثاني والرجوع لا يصح فيصح التدارك فصار
الاول حرا والثاني مدبرا ولو شهد احدهما انه دبره وشهد الآخر انه اعتقه
البتة فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر
لفظا ومعنى اما اللفظ فلا شك فيه واما المعنى فلان الاعتاق البات اثبات
العتق في الحال والتدبير اثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران
وليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وكذلك لو شهدا بالتدبير
واختلفا في شرطه لانهما شهدا على شيئين مختلفين كما في الاعتاق البات ثم والله اعلم

كتاب الاستيلاد

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في
تفسير الاستيلاد لغة وعرفا وفي بيان سببه وفي بيان حكمه وفي بيان (م وفي بيان شرطه وفي بيان صفته)
ما يظهر به اما تفسيره لغة فالاستيلاد في اللغة هو طلب الولد كالاستيهاب
والاستيناس انه طلب الهبة والانس وفي العرف هو تصيير الجارية
ام ولد يقال فلان استولد جاريته اي صيرها ام ولد وعلى هذا قلنا انه
يستوي في صيرورة الجارية ام ولد الولد الحي والميت لان الميت ولد بدليل
انه يتعلق به احكام الولادة حتى تنقضي به العدة وتصير الجارية نفساء
وكذا لو اسقطت سقطا قد استبان خلقه او بعض خلقه واقر به فهو بمنزلة
الولد الحي الكامل الخلق في تصيير الجارية ام ولد لان احكام الولادة تتعلق
بمثل هذا السقط وهو ما ذكرنا وان لم يكن استبان شيء من خلقه فالقت

مضغة

مضغة او علقة (او نطفة م) فادعاه المولى فانها لا تصير ام ولد كذا روى الحسن عن ابي
حنيفة لان ما لم يستبن خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية ام ولد بدون
الولد محال ولانه يحتمل ان يكون ولدا ويحتمل ان يكون دما جامدا او لحما فلا
يثبت به الاستيلاد مع الشك وهذا الذي ذكرنا قول اصحابنا وللشافعي
فيه قولان في قول قال يصب عليه الماء الحار فان ذاب فهو دم وان لم يذب
فهو ولد وفي قول قال يرجع فيه الى قول النساء والقول ما قلنا لما
ذكرنا في كتاب الطلاق ولو اقر المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية
مني صارت ام ولد له لان الاقرار بالحمل اقرار بالولد اذ الحمل عبارة عن
الولد وروى عن ابي يوسف انه اذا قال حمل هذه الجارية مني او قال هي (قال م)
حبلى مني او قال ما في بطنها من ولد فهو مني ثم قال بعد ذلك لم تكن حاملا
وانما كان ريحا وصدقته الامة فانهما لا يصدقان وهي ام ولد لانه اقر بحملها
والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد فاذا رجع لم يصح
رجوعه ولا يلتفت الى تصديقها لان في الحرية حق الله تعالى ولا يحتمل السقوط
باسقاط العبد ولو قال ما في بطنها مني ولم يقل حمل او ولد ثم قال بعد ذلك
كان ريحا وصدقته لم تصر ام ولد لان قوله ما في بطنها يحتمل الولد والريح
فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاد ولو قال المولى ان كانت
هذه الجارية حبلى فهو مني فاسقطت سقطا قد استبان خلقه او بعض
خلقه فقد صارت ام ولد له لما بينا وان ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر
صارت ام ولد له لان الطريق الى ثبوت نسب الحمل منه هذا لان معنى قوله ان
كانت حبلى فهو مني اي وطئتها فان حبلت من وطئي فهو مني فاذا اتت بعد
هذه المقالة بولد لاقل من ستة اشهر تيقنا انها كانت حاملا حينئذ فيثبت
النسب والاستيلاد فان انكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأة لزمه النسب
لان الزوج اذا كان اقر بالحبل تقبل شهادة امرأة على الولادة على ما ذكرنا في
كتاب الطلاق فان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لم يلزمه ولم تصر
الجارية ام ولد له لانا لا نعلم وجود هذا الحمل في ذلك الوقت لجواز انها حملت
بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك والله اعلم

فصل

واما سبب الاستيلاد وهو صيرورة الجارية ام ولد فقد اختلف فيه قال اصحابنا
سببه هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعي هو علوق الولد حرا على الاطلاق
بعد اتفاقهم على ان حكم الاستيلاد في الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة

الحرية بعد موت المولى والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم في جاريته مارية
القبطية لما ولدت ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها والمراد منه
السبب اي ولدها سبب عتقها غير انهم اختلفوا في جهة السبب فقال
اصحابنا هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعي هو علوق الولد حرا مطلقا
وجه قوله ان الولد حر بلا شك وانه جزء الام وحرية الجزء تقتضي حرية
الكل اذ لا يحتمل رقيقا والجزء حرا كان ينبغي ان تعتق الام للحال الا انها لا
تعتق لان الولد انفصل منها وحريته على اعتبار الانفصال لا يوجب حرية
الام كما لو اعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية في الحال وتاخر الحقيقة الى
ما بعد الموت عملا بالشبهين ولنا ان الوطء المعلق اوجب الجزئية بين
المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط الماءين وصيرورتهما شيئا
واحدا وانخلاق الولد منه وكان الولد جزءا لهما وبعد الانفصال عنها ان لم
يبق جزءا لها على الحقيقة فقد بقي حكما لثبوت النسب ولهذا ينسب كل الام اليه بواسطة
الولد اليه فيقال ام ولده فلو بقيت حقيقة الجزئية فان بقيت حكما يثبت
الحق على ما عليه وضع قاعدة الشرع من ترتيب الاحكام على قدر قوتها وضعفها
والى هذا المعنى اشار عمر رضي الله عنه فقال ابعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن
ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن ثم اختلف اصحابنا في كيفية هذا
السبب قال علماؤنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعا وقال
زفر هو ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا او حقيقة وبيان هذه
الجملة في مسائل اذا تزوج جارية انسان فاستولدها ثم ملكها صارت
ام ولد له عند اصحابنا لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب وقد
تحقق الا انه يتوقف الحكم على وجود الملك لتعذر اثبات حكمه وهو
حق الحرية في غير الملك كما يتعذر اثبات الحقيقة في غيره فتاخر
الحكم الى وقت الملك وعند الشافعي لا تصير ام ولد له وهو قول
ابراهيم النخعي رحمه الله لان السبب عنده علوق الولد حرا على الاطلاق
ولم يوجد لان الولد رقيق في حق مولاه واذا ملك ولده الذي استولده
عتق عليه بالاجماع اما عندنا فلانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق
واما عنده فلانه ملك ولدا ثابت النسب منه شرعا وكذلك اذا
ثبت النسب من غير مالك الجارية بوطء بشبهة ثم ملكها فقد صارت
ام ولد له حين ملكها لوجود السبب وعنده لا لانعدام السبب ولو ملك

الولد

الولد عتق لما قلنا ولو زنا بجارية فاستولدها بان قال زنيت بها او فجرت
بها او قال هو ابني من زنا او فجور وصدقته وصدقه مولاها فولدت ثم
ملكها لم تصر ام ولد له عند اصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس
ان تصير ام ولد وهو قول زفر بناء على ان السبب عنده ثبوت النسب
مطلقا وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو ملك الولد عتق عليه ولا
خلاف بين اصحابنا والسبب عند اصحابنا الثلاثة هو ثبوت النسب
شرعا ولم يثبت فصل واما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب
شرعا وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين او شبهته او تاويل الملك او ملك
النكاح او شبهته ولا تصير الامة فراشا في ملك اليمين بنفس الوطء بل بالوطء
مع قرينة الدعوة عندنا وهي مسائل الدعاوى ولا يثبت الاستيلاد
بدون الدعوة ويستوي في الاستيلاد القنة والمدبرة لاستوائهما في ثبات
النسب الا ان المدبرة اذا صارت ام ولد بطل التدبير لان امية الولد انفع
لها الا ترى ان ام الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى ويستوي
في ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها فكذا في الاستيلاد حتى لو ان
جارية بين اثنين علقت في ملكهما فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه
منه وصارت الجارية كلها ام ولد له بالضمان وهو نصف قيمة الجارية
ويستوي في هذا الضمان الاعسار والايسار ويغرم نصف العقر لشريكه ولا
يضمن من قيمة الولد شيئا اما ثبوت النسب فلحصول الوطء في محل له فيه ملك
لان ذلك القدر من الملك اوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزى
فاذا ثبت في بعضه ثبت في الكل ضرورة عدم التجزي واما باعتبار انه
وجد سبب التكامل وهو النسب مع كونه متجزيا في نفسه لان سبب
الاستيلاد هو ثبوت النسب والنسب لا يتجزى والحكم ثبت على وفق
العلة فيثبت الاستيلاد في نصيبه قضية للسبب ثم يتكامل في الباقي
بسبب النسب واما باعتبار سبب اخر اوجب التكامل على ما عرف في الخلافيات
ثم لا سبيل الى التكامل بدون تملك نصيب شريكه فيصير متملكا نصيب شريكه
ضرورة صحة الاستيلاد في ذلك النصيب ولا سبيل الى تملك مال
الغير بغير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف قيمتها وانما استوى في هذا
الضمان حالة اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كضمان البيع واما وجوب نصف
العقر فلوجود الاقرار منه بوطء ملك الغير وانه حرام الا ان الحد لم يجب

لمكان الشبهة لحصول الوطي في ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر
ولا يدخل العقر في ضمان القيمة لان ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع
ضمان الجزء ولان منافع البضع لها حكم الاجزا وضمان الجزء لا يدخل في مثله
واما عدم وجوب نصف قيمة الولد فلانه يملك نصيب شريكه بالعلوق
السابق فصار الولد حادثا على ملكه فلا يصير مضمونا عليه ولان الولد في حال
العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان ولانه كان بمنزلة الاوصاف فلا يفرد
بالضمان ويستوي في دعوى النسب حالة الصحة والمرض لان النسب من الحوايج
الاصلية وكذلك اذا ادعاه احدهما واعتقه الاخر وخرج القولان منهما فعتقه
باطل ودعوة صاحبه اولى لان الدعوة استندت الى حال متقدمة وهي
العلوق والعتق وقع في الحال فصارت الدعوة اسبق من الاعتاق فكانت
اولى ولو ادعياه جميعا فهو ابنهما والجارية ام ولدهما تخدم لهذا يوما ولذاك
يوما ولا يضمن واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيا ويضمن كل واحد منهما
نصف العقر فيكون قصاصا اما ثبوت النسب منهما فمذهبنا وعند الشافعي
يثبت من احدهما ويتعين بقول القافة وهو من مسايل كتاب الدعاوي واما
صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية ام ولد له فلثبوت نسب ولدها
منه فصار كانه انفرد وانما لا يضمن احدهما للاخر شيا من قيمة الام لان نصيب
كل واحد منهما لم ينتقل الى شريكه وانما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر
لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطي في ملك الغير فيصير احدهما
قصاصا بالاخر لعدم الفايدة في الاستيفا وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة او
اربعة او خمسة فادعوه جميعا معا ثبت نسبه منهم وتصير الجارية ام ولد
لهم في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يثبت النسب من اكثر من اثنين
وعند محمد لا يثبت من اكثر من ثلاثة وتذكر الحجج في كتاب الدعاوي وان كانت
الانصبا مختلفة بان كان لاحدهم السدس وللاخر الربع وللاخر الثلث وللاخر
ما بقي ثبت النسب منهم ويصير نصيب كل واحد منهم من الجارية ام ولد له
لا يتعدى الى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم
على قدر انصبايهم لان كل واحد منهم ثبت الاستيلاد منه في نصيبه فلا
يجوز فيه استيلاد غيره وان كانت الامة بين الاب والابن فجاءت بولد
فادعياه جميعا معا او كانت بين حر وعبد فادعياه او بين حر ومكاتب
او بين مكاتب وعبد او بين مسلم وذمي او بين كتابي ومجوسي او بين عبد مسلم وبين

حر كافر او بين ذمي ومرتد فحكمه يذكر في كتاب الدعوى ان شا الله تعالى
هذا اذا كان العلوق في ملك المدعيين فان لم يكن بان اشترياها وهي حامل
فجاءت بولد فادعاه احدهما او كلاهما فهي من مسايل الدعوى نذكرها ان
شا الله تعالى وكذلك اذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين فادعى
كل واحد منهما ولدا او ولدتهما في بطن واحد او بطنين والدعوتان خرجتا
جميعا معا او على التعاقب وكذا اذا ولدت جارية لانسان ثلاثة اولاد فادعى
احدهم وهم ولدوا في بطن واحد او في بطون مختلفة وادعى المولى احدهم بعينه
او بغير عينه فحكم هذه الجملة في كتاب الدعاوي وكذا دعوة الاب نسب
ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيط مع فصولها نذكر ثمة ان شا الله تعالى
امة بين رجلين اقر احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر ذلك صاحبه قال
ابو حنيفة يبطل حق الشاهد في رقبتها موسرا كان المشهود عليه او معسرا
وتخدم المشهود عليه يوما ويرفع عنها يوما فان مات المشهود عليه سعت
لورثته وكانت في حال السعاية كالمكاتبة فاذا ادت عتقت وكان نصف ولاها
للمشهود عليه والنصف لبيت المال وهو قول ابي يوسف الاخر وقال
محمد تسعى الساعة في نصف قيمتها للمشهود عليه فاذا ادت فهي حرة
لا سبيل لاحد عليها وجه قوله ان المقر قد افسد على شريكه ملكه باقراره
لانه لما لم يصدقه الشريك انقلب اقراره على نفسه كمن اشترى عبدا ثم اقر ان
البايع كان قد اعتقه وانكر البايع انه ينقلب اقراره عليه ويجعل معتقا كذا
هاهنا واذا انقلب اقراره على نفسه صار مقرا بالاستيلاد في نصيبه ومتى
ثبت في نصيبه ثبت في نصيب شريكه لانه لا يتجزى فقد افسد نصيب
صاحبه لكن لا سبيل الى تضمينه لان شريكه قد كذبه في اقراره فكان لشريكه
السعاية كما لو اعتق المقر نصيبه وهو معسر واذا سعت في نصيبه وعتق
نصيبه يعتق الكل لعدم تجزي العتق عنده ولهما ان المقر بهذا الاقرار
يدعي الضمان على المنكر بسبب تملك الجارية لان الاستيلاد لا يتجزى فيما
يحتمل النقل والتملك ويجب على الشريك فيه الضمان في حال الايسار والاعسار
ودعوى الضمان توجب براة الامة عن السعاية فبطل حقه في رقبتها وبقي
حق الشريك في نصيبه كما كان ولان المقر لا يخلو اما ان كان صادقا في اقراره
واما ان كان كاذبا فيه فان كان صادقا كانت الجارية كلها ام ولد لصاحبه فيسلم
له كمال الاستخدام وان كان كاذبا كانت الجارية بينهما على ما كانت قبل الاقرار

فنصف الخدمة ثابت للمنكر بيقين واعتبار هذا المعنى يوجب ان لا سعاية عليها
ايضا فاما المقر فقد اسقط حق نفسه عن الخدمة لزعمه ان كل الخدمة لشريكه
الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع هذه الجارية متعذر
لان الشاهد اقر انها ام ولد وحين ما اقر كان له فيها ملك من حيث الظاهر
فينفذ اقراره في حقه فاذا مات المشهود عليه فانها تسعى في نصف
قيمتها لورثته لان في زعم الشاهد انها عتقت بموت صاحبه لزعمه انها ام
ولد صاحبه والامة المشتركة بين اثنين اذا اقر احدهما على شريكه بالعتق
كان له عليها السعاية وان كذبه صاحبه في الاقرار كذلك هاهنا ونصف
الولا للمشهود عليه لانها عتقت على ملكه ووقف النصف الاخر لان المقر
اقر انه للمشهود عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره فلا يعرف لهذا
النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال فان جات بولد فقال احدهما
هو ابن الشريك وانكر الشريك فالجواب في الام كذلك واما الولد
فيعتق ويسعى في نصف قيمته للمشهود عليه لان الشريك المقر اقر
بحرية الولد من جهة شريكه واحد الشريكين اذا شهد على الاخر بالعتق
وانكر الاخر يسعى العبد للمشهود عليه وفي مسلتنا لا يسعى للشاهد
لانه اقر انه حر الاصل وانه لا سعاية عليه ونظير هذه المسلة
ما روى بشر عن ابي يوسف في جارية بين شريكين ادعى احدهما ان
شريكه دبرها وانكر الشريك قال ابا حنيفة رحمه الله قال الشاهد
بالخيار ان شاء دبر فتخدمه يوما وللاخر يوما وان شا امسك ولم يدبر
فتخدمه يوما وللاخر يوما وان شا استسعاها في نصف قيمتها فسعت
له يوما وخدمت الاخر يوما فاذا ادت وعتقت سعت للاخر وكان قول
ابي يوسف في ذلك انها كام الولد ثم رجع وقال يوقف كما قال ابو حنيفة
الا في تبعيض التدبير وقال محمد تسعى الساعة وجه قول محمد على نحو
ما ذكرنا في الاستيلاد وهو ان الشريك لما لم يصدقه في اقراره عليه
انقلب عليه اقراره وثبت التدبير في نصيبه وانه يتعدى الى نصيب
المنكر لعدم تجزئة التدبير عنده فقد افسد نصيب المنكر وقد تعذر
ايجاب الضمان عليه للمنكر لتكذيبه اياه وتسعى الجارية كما لو انشا التدبير في
نصيبه ومن اصل ابي حنيفة رحمه الله ان التدبير يتجزى ولا يصير نصيبه
باقراره بالتدبير على صاحبه مدبرا كما لو دبر احد الشريكين نصيبه انه

يبقى

يبقى نصيب الاخر على حاله وله التدبير والاستسعا والترك على حاله الا ان
هاهنا لو اختار السعاية فانما يستسعيها يوما ويتركها يوما لانه لا يملك
جميع منافعها فلا يملك ان يستسعي الا مقدار حقه فان ادت عتق نصيبه
وتعذر تضمين المقر وكان له ان يستسعي وابو يوسف وافق ابا حنيفة
الا انه يقول ان التدبير لا يتجزى فهو يدعي التدبير على الشريك يدعي الضمان
عليه موسرا كان او معسرا وكان مبريا للامة عن السعاية فلم يبق له حق
الاستسعا ولا حق الاستخدام فيوقف نصيبه والله اعلم وروى ابن سماعة عن
ابي يوسف رحمه الله انه ان شهد كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير او
شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لكل واحد منهما
على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا او معسرين لان كل واحد منهما
يدعي حق الحرية من جهته وابرا الامة من السعاية وادعى الضمان على شريكه
وروى المعلى عن ابي يوسف رحمه الله في عبد بين رجلين قال احدهما
للاخر هذا ابني وابنك او ابنك وابني فقال الاخر صدقت فهو ابن المقر
خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد رحمه الله في الزيادات في صبي
لا يعقل في يد رجلين قال احدهما للاخر هو ابني وابنك وصدقه صاحبه
وانما كان كذلك لانه لما قال هو ابني فكما قال هذه المقالة ثبت نسبه منه
لوجود الاقرار منه بالنسب في ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك
قال محمد رحمه الله لو قال هذا ابنك وسكت فلم يصدقه صاحبه حتى قال
~~هو ابني معك فهو موقوف فان قال هو ابني~~ دونك ~~فكما قال هذه المقالة ثبت~~
~~نسبه منه لوجود الاقرار منه بالنسب في ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره~~
~~بعد ذلك قال~~ لانه لما اقر له بالنسب ابتدا وسكت فقد استقر
اقراره ووقف على التصديق فقوله بعد ذلك ابني يتضمن ابطال الاقرار
فلا يسمع فاذا وجد التصديق من المقر له ثبت نسبه منه قال فان قال
المقر له ليس بابني ولكنه ابنك او قال ليس بابني ولا ابنك او قال ليس بابني
وسكت فليس بابن واحد منهما في قياس قول ابي حنيفة وقال محمد
ان صدقه فهو ابن المقر له وان كذبه فهو ابن المقر وهذا فرع اختلافهم
فيمن اقر بعبد انه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه المولى انه لم تصح
دعوته في قول ابي حنيفة وفي قولهما تصح وجه قولهما انه لما كذبه
المقر له فقد بطل اقراره كما في الاقرار بالمال واذا ابطل اقراره التحق بالعدم

ويبقى للمنكر في نصيبه
لانه ... وبقي نصيبه

وهذا عند ابي حنيفة ... واما عند ابي يوسف ومحمد ... [illegible]
... هذا ابرا الامة ... من السعاية ... الضمان على شريكه

فجاز ان يدعيه لنفسه ولابي حنيفة انه لما اقر بالنسب لغيره فقد زعم
انه ثابت النسب منه فتكذيبه ينفي ثبوت النسب منه في حقه لا في حق
المقر بل يبقى ثابت النسب منه في حقه فاذا ادعاه فقد ادعى ولدا هو
ثابت النسب من الغير في حقه فلا تسمع دعواه ولو قال هو ابني وابنك
فهو ابن الثاني لانه لما قال هو ابني فقد صدقه فثبت نسبه منه
فاقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح قال محمد رحمه الله فان كان هذا
الغلام يعقل فالمرجع الى تصديقه لانه اذا كان عاقلا كان في يد نفسه فلا
تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه قال وان كان الولد ابن امة ولدته
في ملكها فالجواب كالاول في النسب ان على قول ابي حنيفة لا يثبت من
المقر بعد اعترافه لشريكه وعلى قولهما يثبت قال والامة ام ولد لمن
ثبت النسب منه لان الاستيلاد يتبع النسب ومن هذا النوع ما اذا
اشترى رجلان جارية فجاءت بولد في ملكهما لستة اشهر فصاعدا
وادعى احدهما ان الولد ابنه وادعى الاخر ان الجارية بنته وخرج الدعوتان
معا فالدعوة دعوة من يدعي الولد ودعوة مدعي الام باطلة لان مدعي الولد
دعوته دعوة استيلاد والاستيلاد يستند الى وقت العلوق ومدعي
الام دعوته تحرير ومدعي والتحرير يثبت في الحال ولا يستند فكانت دعوة م
دعوة مدعي الولد سابقة فيثبت نسب الولد منه ويصير نصيبه من الجارية
ام ولد له وينتقل نصيب شريكه منها اليه فكانت دعوى الشريك دعوى
فيما لا يملك فلا تسمع وهل يضمن مدعي الولد نصف قيمة الام ونصف
عقرها قال محمد رحمه الله يضمن وذكر في الجامع الكبير ان هذا قياس
قول ابي حنيفة وهي رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف رحمه الله
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله انه لا شيء على مدعي الولد من
قيمة الام ولا من عقرها ولا شيء له ايضا على مدعي الام فان اكذب مدعي الام
نفسه فله نصف قيمة الام ونصف عقرها على مدعي الولد وذكر الكرخي
ان هذا القول اقيس ووجهه ان مدعي الام اقر انها حرة الاصل فلا فكان منكرا ضمان القيمة والعقر
يثبت له التضمين وان رجع عن دعواه واكذب نفسه ثبت له حق حق صح
الضمان الذي اعترف به له شريكه وجه قول ابي حنيفة ومحمد واحدى
الروايتين عن ابي يوسف انه لما ثبت نسب الولد من المدعي فقد صار
نصيبه من الجارية ام ولد له وكذا نصيب شريكه لعدم تجزي الجارية في حق

الاستيلاد فيما يحتمل النقل فصار متملكا نصيب شريكه عليه ولا يجوز تملك مال
الغير الا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الام ويضمن له نصف عقر الجارية
ايضا لان الوطء لاقاها ونصفها مملوك للشريك فما صادف ملك غيره
يجب به العقر واما قوله ان مدعي الام اقر انها حرة الاصل فالجواب
من وجهين احدهما انه لما قضي بكونها ام ولد للمدعي فقد صار مكذبا شرعا
فبطل كما لو ادعى المشتري انه اشترى الدار بالف وادعى البائع
البيع بالفين واقام البائع البينة وقضى القاضي بالالفين على المدعي ان
الشفيع ياخذها بالالفين من المشتري وان سبق من المشتري الاقرار
بالشراء بالالف لما انه كذب شرعا كذا هذا والثاني ان اقراره بحريتها
وجد بعد ما حكم بزوالها عن ملكه لانها جعلت زائلة عنه من وقت
العلوق فلم يصح اقراره فلم يصر اقراره ابراءا اياه عن الضمان كما في مسئلة
الشفيع ومن مسائل دعوى الولد اذا كاتب الرجل امته فجاءت بولد ليس
له والد معروف فادعاه المولى ثبت نسبه منه صدقته ام كذبته وسواء نسب م
جاءت بالولد لستة اشهر او لاكثر او لاقل فان نسب الولد يثبت على
كل حال اذا ادعاه لان المكاتبة باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكا
له ودعوة المولى ولد امته لا يقف صحتها على التصديق وعتق الولد لان نسبه
يثبت من المولى ولا ضمان عليه فيه لان غرض المكاتبة من الكتابة عتقها
وعتق اولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن لها شيئا ان جاءت
بالولد لاكثر من ستة اشهر فعليه العقر لانه تبين ان الوطء في حال حصل م
الكتابة وان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه
لانه علم انه وطئها قبل الكتابة والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على
كتابتها وان شاءت عجزت نفسها لان الحرية توجهت اليها من
جهتين ولها في كل واحدة منهما غرض صحيح لان بالكتابة يتعجل لها
الحرية وبالاستيلاد تسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيدا فكان
لها الخيار ايهما شاءت وان ادعى المولى ولد جارية لمكاتب له وقد علقت
به في ملك المكاتب فانه يرجع الى تصديق المكاتب فان كذبه المولى
لم يثبت نسب الولد ولا تصير الجارية ام ولد له وكانت الجارية والولد ها
مملوكين وان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد وذكر
محمد رحمه الله في الزيادات ولم يحك خلافا وكذا ذكر في الدعوى الا انه

قال استحسن ذلك اذا كان الحبل في ملك المكاتب وهذا يشير الي ان
القياس ان لا يعتق الولد وان صدقه المكاتب وهو رواية عن ابي يوسف
وروي ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف ان المولي يصدق بغير
تصديق المكاتب وجه القياس انه لما لم يقبل قوله بغير تصديق
فكذا مع التصديق لان المكاتب لا يملك التحرير بنفسه فلا يملك
التصديق بالحرية ايضا وجه الرواية الاخري لابي يوسف ان حق
المولي في مال مكاتبه اقوي من حقه في مال ولده ولا يثبت النسب في
جارية الابن من غير تصديق فها هنا اولي وجه هذه الرواية ان حق
المكاتب في كسبه اقوي من حق المولي بدليل انه لا يملك انتزاعه من يده
وكان المولي في حق ملك التصرف في ملك المكاتب بمنزلة الاجنبي
فتتوقف صحة دعوته علي تصديق المكاتب فان صدقه كان الولد ابن
المولي وعليه قيمته يوم ولد لانه بمنزلة ولد المغرور لثبوت الملك
في الام من وجه دون وجه لان ملك الذات في المكاتب للمولي كالمغرور
انه يثبت له الملك في الام ظاهرا وللمستحق حقيقة وولد المغرور حر
بالقيمة قال محمد رحمه الله في الزيادات اذا اشتري المكاتب امة حاملا
فادعي مولاها ولدها واشتري عبدا صغيرا فادعاه لم تجز دعوته
الا بالتصديق كما في المسئلة الاولي الا ان هناك اذا صدقه المكاتب ثبت
نسبه ولا يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاد لوجود العلوق في الملك
وهذه الدعوة ليست دعوة استيلاد لعدم العلوق في الملك فكانت دعوة
تحرير والمولي لا يملك تحريره الا تري انه لو اعتقه لا يصح الا ان النسب يثبت
وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق الا تري ان من ادعي ولد
امة اجنبي وصدقه مولاها ثبت النسب ولا يعتق في الحال كذا ها هنا
فصل واما صفة الاستيلاد فالاستيلاد لا يتجزي عند ابي يوسف
ومحمد كالتدبير وعند ابي حنيفة هو متجز الا انه قد يتكامل عند وجود
سبب التكامل وشرطه وهو امكان التكامل وقيل لا يتجزي عنده
ايضا لكن فيما يحتمل النقل فيه واما فيما لا يحتمل فهو متجز عنده وبيان
هذا فيما ذكرنا فيما تقدم في الامة القنة بين اثنين جاءت بولد فادعاه
احدهما ان كلها صارت ام ولد له وان ادعياه جميعا صارت ام ولد لهما
جميعا ثم ام الولد الخالصة اذا اعتق المولي بعضها عتق كلها بالاجماع

وكذا

وكذا اذا كانت بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه عتق جميعا بلا خلاف
لكن عندهما لعدم تجزي العتق وعنده لعدم القابل في بقاء حكم الاستيلاد
في الباقي لا باعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص علي ما بينا في
كتاب العتاق ولا ضمان علي الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول
ابي حنيفة وسياتي الفرق بين المدبرة وبين ام الولد في هذا الحكم ان شاء الله
تعالي ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعي ام ولد له ونصيب الاخر
~~يبقا علي مدبرا علي حاله ولو كانت مكاتبة بين اثنين صار نصيب المدعي ام ولد~~
~~له ونصيب الاخر يبقي مدبرا علي حاله~~ ولو كانت مكاتبة بين اثنين صار
نصيب المدعي ام ولد عند ابي حنيفة وتبقي الكتابة وعندهما تصير
الكل ام ولد ~~ام ولد~~ للمدعي وتفسخ الكتابة في النصف وهي من مسائل
كتاب المكاتب فصل واما حكم الاستيلاد فنوعان ايضا كحكم
التدبير احدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثاني يتعلق بما بعد موته اما
الاول فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال
بشر بن الغياث المريسي وداود بن علي الاصبهاني لا حكم له في الحال وعلي
هذا ينبني جملة من الاحكام فلا يجوز بيع ام الولد عند العامة وعندهما
تجوز ~~وعندهما~~ واحتجا بما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه انه قال
كنا نبيع امهات الاولاد علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم ولانها مملوكة له
بدليل انه يحل له وطيها ولا يحل الوطي الا في الملك وكذا يصح اجارتها وكتابتها
فدل انها مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة ولنا ما روي عن رسول
الله صلي الله عليه وسلم انه قال ام الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع
المال وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلي الله عليه وسلم
انه قال في ام ابراهيم اعتقها ولدها وظاهره يقتضي ثبوت حقيقة
الحرية للحال او الحرية من كل وجه الا انه تاخر ذلك الي ما بعد الموت بالاجماع
فلا اقل من انعقاد سبب الحرية او الحرية من وجه وكل ذلك يمنع جواز
البيع وروي ان سعيد بن المسيب سئل عن بيع امهات الاولاد فقال
ان الناس يقولون ان اول من امر بعتق امهات الاولاد عمر بن الخطاب رضي
الله عنه وليس كذلك لكن رسول الله صلي الله عليه وسلم اول من اعتقهن ولا يجعلهن
من الثلث ولا يسعين في دين وعن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلي الله عليه
وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في الدين ولا يجعلن من الثلث

وكذا اجماع التابعين على انه لا يجوز بيع ام الولد وكان قول بشر واصحاب
الظواهر مخالفا للاجماع فكان باطلا ومن مشايخنا من قال عليه اجماع
الصحابة لما روي عن علي رضي الله عنه انه سيل عن بيع امهات الاولاد فقال
كان رايي وراي عمر ان لا يبعن ثم رايت بيعهن فقال له عبيدة السلماني
رايك مع الجماعة احب الي من رايك وحدك وفي رواية اخرى قال علي
رضي الله عنه اجتمع رايي وراي عمر في اناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
على عتق امهات الاولاد ثم رايت بعد ذلك ان يبعن في الدين فقال
عبيدة رايك وراي عمر في الجماعة احب الي من رايك في الفرقة فقول
عبيدة في الجماعة اشارة الى سبق الاجماع من الصحابة رضي الله عنهم ثم بدا لعلي
فعمل خلافه على انه كان لا يرى استقرار الاجماع ما لم ينقرض العصر
ومنهم من قال كانت المسالة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فكان علي وجابر
يريان بيع ام الولد لكن التابعين اجمعوا على انه لا يجوز والاجماع المتاخر
يرفع الخلاف المتقدم عند اصحابنا لما عرف في اصول الفقه ولان ام الولد
تعتق عند موت السيد بالاجماع ولا سبب سوى الاستيلاد السابق
فعلم انه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية بعد الموت وانه يمنع جواز البيع
لما بينا في التدبير واما حديث جابر فيحتمل انه اراد بالبيع الاجارة
لانها تسمى بيعا في لغة اهل المدينة ولانها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة
بشيء مرغوب ويحتمل انه كان في ابتداء الاسلام حين ما كان بيع الحر مشروعا
ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال واما قوله انها مملوكة
للمستولد نعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية اصلا
وراسا وهذا القدر يكفي للمنع من جواز البيع لما ذكرنا في كتاب التدبير
وسواء كان المستولد مسلما او كافرا او ذميا او مستامنا خرج الى دارنا ومعه
ام ولد لا يجوز له بيعها لانها ام ولد لان امية الولد تتبع ثبات النسب
والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستامن دار الاسلام بامان فقد
رضي بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام ان لا يجوز بيع ام الولد ولذلك كل
تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابت لها لا يجوز كالهبة والصدقة
والوصية والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك اليمين فتوجب بطلان
هذا الحق وما لا يوجب بطلان هذا الحق فانه جائز كالاجارة والاستخدام
والاستكساب والاستغلال والاستمتاع لانها تصرف في المنفعة لا في

العين

[هامش: انه ح — بشيء مرغوب — من دار م — بالاستيلاد م — والوطء صح]

العين والمنافع مملوكة له والاجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لانها
بدل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا ملك اليمين قائم لان العارض هو التدبير
لا يؤثر الا في ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك اليمين قائما وانما الممنوع
عنه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله ولذا الارش لانه
بدل جزء هو ملكه وله ان يزوجها لان التزويج تمليك المنفعة ولا ينبغي ان يزوجها
حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال انها حملت منه فيكون النكاح فاسدا ويصير
الزوج بالوطي ساقيا ماءه زرع غيره وكان التزويج تعريضا للفساد
فينبغي ان يتحرز عن ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو
مستحب كاستبراء البايع ولو زوجها فولدت لاقل من ستة اشهر فهو من
المولى والنكاح فاسد لانه تبين انه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب
منه وان ولدت لاكثر من ستة اشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد
للفراش على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح ح
فان ادعاه المولى وقال هذا ابني لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره
وهو الزوج فلا يتصور ثبوته منه فلا يصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه في
ملكه وقد اقر بحريته فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما اذا قال لعبده هذا
ابني وهو معروف النسب من الغير ونسب ولد ام الولد يثبت من المولى من
غير دعوة والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة قال النبي صلى
الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة او المدبرة لانه لا يثبت نسب
ولدها وان حصنها المولى وطلب منها الولد بدون الدعوة عندنا ولا تصير
فراشا بدون الدعوة ثم انما يثبت نسب ولد ام الولد من المولى لانه لا يتحرز عن
الاعلاق اذ التحرز لخوف فوات ماليتها وقد حصل ذلك الفوات مالية امه
فالظاهر انه لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع
الحاجة الى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة فان هناك الظاهر انه لا يعلقها بل
يعزل عنها تحرزا عن اتلاف المالية فلا يعلم انه منه الا بالدعوة فلا يثبت
النسب الا بالدعوة فهو الفرق والله اعلم فان صارت ام الولد محرمة على المولى
على التابيد بان وطيها ابن المولى او ابوه او وطي المولى امها او ابنتها فجاءت
بولد لاكثر من ستة اشهر لم يثبت نسب الولد الذي اتت به بعد التحريم من
غير دعوة لان الظاهر انه ما وطيها بعد الحرمة فكان حرمة الوطي كالنفي دلالة
وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك وذكر القدوري في شرحه

[هامش: الا اذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لستة اشهر من وقت الحرمة او دون ... فجاءت بولد لستة اشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه الا بالدعوة وانما قلنا انه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة والنكاح لانها صارت فراشا يثبت نسب ولدها ص]

[هامش: بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد ام الولد ص]

مختصر الكرخي اصلا فقال اذا احرمت ام الولد بما يقطع نكاح الحرة ويزيل
فراشها مثل المسايل التي ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها الا ان يدعيه
لان فراش الزوجة اقوى من فراش ام الولد وهذه المعاني تقطع فراش
الزوجة فلان تقطع فراش ام الولد اولى وكذلك اذا زوجها فجات بولد
لاكثر من ستة اشهر لانها صارت فراشا للزوج فيستحيل ان تصير فراشا
لغيره الا انه اذا ادعى يعتق عليه كما اذا قال للعبد وهو معروف النسب
من الغير هذا ابني وحرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة ولا يزيل فراشها مثل (ان م)
الحيض والنفاس والاحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه لانه تحريم
عارض لا يغير حكم الفراش ثم للمولى ان ينفي ولد ام الولد من غير لعان اما النفي
فلانه يملك العزل عنها بغير رضاها فاذا اخبر عن ذلك فقد اخبر عما يملك
فكان مصدقا واما النفي من غير لعان فلان فراش ام الولد اضعف من فراش
الحرة وهذا اصل يذكر في كتاب الدعوى ان الفراش ثلاثة قوى وضعيف
ووسط فالقوى هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا
ينتفي الا باللعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوة
دعوة وينتفي من غير لعان لانه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفا بالنفي بخلاف (والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب فيه من غير م)
فراش الزوج ثم انما ينتفي بالنفي اذا لم يقض به القاضي او لم تتطاول المدة فاما
اذا قضى به او تطاولت المدة فلا ينتفي لانه تاكد بقضا القاضي فلا يحتمل النفي
بعد ذلك وكذا تطاول المدة من غير ظهور النفي اقرار منه دلالة والنسب
المقر به لا ينتفي بالنفي ولم يقدر ابو حنيفة رحمه الله لتطاول المدة تقديرا
وابو يوسف ومحمد قدراه بمدة النفاس اربعين يوما وقد ذكرنا في كتاب
اللعان وولد ام الولد من غير مولاها بمنزلة الام بان زوج ام ولده فولدت
لستة اشهر فصاعدا من وقت التزويج لان الولد يتبع الام في الرق والحرية
وقد ثبت حق الحرية في الام فيسري الى الولد فكان حكمه حكم الام في جميع الاحكام
هذا اذا استولد جارية في ملكه فان كان استولد في ملك غيره بنكاح حتى ثبت
نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج اخر بان استولدها ثم فارقها
وزوجها المولى من اخر فجات بولد ثم ملكها يوما من الدهر وولدها صارت
الجارية ام ولد عند اصحابنا الثلاثة ولا يصير ولدها ام ولد حتى يجوز بيعه (ولدم)
في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا ملك من ولدته بعد ثبوت نسب
ولدها منه فهو ولد ام ولد يثبت فيه حكم الام وجه قوله انه وان كان في ملك (الاستيلاد م)

الغير

الغير لكنه لما ملكها فقد صارت ام ولد له عند اصحابنا وانما صارت ام ولد بالعلوق
السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الام ولنا ان الاستيلاد
في الام وهو امية الولد انما يثبت وقت ملك الام والولد منفصل في ذلك الوقت (شرعا م)
والسراية لا تثبت وقت ملك الام في الولد المنفصل ويتعلق الدين بكسبها لا برقبتها
لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى في ديونها بالغة ما بلغت لان الدين عليها لا
في رقبتها وارش جنايتها على المولى وهو الاقل من قيمتها ومن الارش وليس
على المولى الا قدر قيمتها وان كثرت الجنايات كالمدبر ويجوز اعتاقها لما فيه
من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو اعتق المولى نصفها يعتق كلها وكذا
اذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه عتق جميعها لما
ذكرنا ولا ضمان عليه بالاجماع لانه لا صنع له في الموت ويقع الاختلاف في
السعاية عند ابي حنيفة لا سعاية عليها وعندهما عليها السعاية وعلى هذا
الاختلاف الغصب والقبض في البيع الفاسد انها لا تضمن في قول ابي حنيفة
وعندهما تضمن ولا خلاف في المدبرة انها تضمن بهذه الاسباب ولقب
المسلة ان ام الولد هل هي متقومة من حيث انها مال ام غير متقومة عنده
غير متقومة من هذه الجهة وعندهما متقومة واجمعوا على انها متقومة
من حيث انها نفس ولا خلاف في ان المدبر متقوم من حيث انه مال وربما
تلقب المسلة بان رق ام الولد هل له قيمة ام لا ذكر محمد رحمه الله في الاملا انها
تضمن في الغصب عند ابي حنيفة كما يضمن الصبي الحر اذا غصب يعني اذا مات
عن سبب حادث بان عقره سبع او نهشته حية او نحو ذلك وجه
قولهما ان ام الولد مملوكة للمولى بلا شك ولهذا يحل له وطيها واجارتها واستخدا
وكتابتها وملكه فيها معصوم لان الاستيلاد لم يوجب زوال العصمة فكانت
مضمونة بالغصب والاعتاق والقبض في البيع الفاسد كالمدبر والدليل
على ان رقها متقوم ان ام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتاق بالسعاية
فلولا ان ماليتها متقومة لعتقت مجانا ولم يكن للمولى اخذ السعاية بدلا عن
ماليتها وكذا يجوز للمولى ان يكاتبها والاعتياض انما يجوز عن مال متقوم والدليل
عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع ولابي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم
لمارية لما ولدت ابراهيم اعتقها ولدها فظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق
في الحال في جميع الاحكام الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالاجماع ولا
واما في التقوم فكانت حرة فيه في حق التقوم بظاهر الحديث وكذا سبب العتق في

الحال موجود وهو ثبوت نسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد بين الواطئ
وبين الموطوءة ويجعلهما نفسا واحدة فقضيته ثبوت الملك في الحال العتق صح
في جميع الاحكام الا انه لم يظهر في حق سائر الاحكام بالاجماع فيظهر في حق
سقوط التقوم بخلاف المدبر لان هناك السبب وهو التدبير اضيف
الى ما بعد الموت لان التدبير اثبات العتق عن دبر الا انه جعل سببا للحال
لضرورة ذكرناها في بيع المدبر والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة
والضرورة في حرمة البيع لا في سقوط التقوم وها هنا الامر على القلب من ذلك
لان السبب يقتضي الحكم للحال والتاخير على خلاف الاصل والدليل على انها
غير متقومة من حيث انها مال انها لا تسعى لغريم ولا لوارث ولو كانت متقومة
من حيث انها مال لثبت للغريم فيها وللوارث في ثلثيها فيجب ان تسعى في ذلك حق صح
كما في المدبر والسعاية مبنية على هذا الاصل لان استسعاء العبد يكون بقيمته
ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها واما قوله ان ملك المولى قائم فيها بعد
الاستيلاد والعصمة قائمة فمسلم لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضي التقوم
كملك القصاص وملك النكاح وملك الخمر وجلد الميتة واما ام ولد النصراني
اذا اسلمت فالجواب من وجهين احدهما انها متقومة في زعمهم واعتقادهم
ونحن امرنا بتركهم وما يدينون فاذا دانوا تقومها يتركون ولذلك جعلت
خمورهم متقومة كذا هذا والثاني ان ام ولد النصراني اذا اسلمت تجعل مكاتبة
للضرورة اذ لا يمكن القول بعتقها لان ملك الذمي ملك محترم فلا يجوز ابطاله عليه
ولا سبيل الى ابقائها على ملكه يستمتع بها ويستخدمها لما فيه من الاذلال بالمسلمة
ولا وجه الى دفع المذلة عنها بالبيع للمسلم لخروجها بالاستيلاد عن محلية البيع
فتجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط وانه لا يقف على كون ما يقابله مالا
متقوما كما في النكاح والخلع ثم اذا سعت تسعى وهي رقيقة عند اصحابنا الثلاثة
وقال زفر تسعى وهي حرة وجه قوله ان في الاستسعاء استذلالا بها وهذا
لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان في الحكم بعتقها ابطال ملك الذمي عليه ويتعلق
دينه بذمة المفلس وملكه معصوم والاستذلال في الاستمتاع والاستخدام
لا في نفس الملك الا ترى ان امة النصراني اذا اسلمت فكاتبها لا يجبر على البيع المولى صح
وقد خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لان ضمان القتل ضمان الدم والنفس
وانها متقومة من هذه الجهة وما ذكر محمد رحمه الله في الاملاء عن ابي حنيفة رحمه الله
فذلك ضمان القتل لانه اذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها

ويجوز

ويجوز كتابتها كما يجوز عتقها لما فيها من تعجيل العتق اليها ولا تشكل الكتابة على
اصل ابي حنيفة انها معاوضة ورقبة ام الولد لا قيمة لها فلا يجوز ان يستحق المولى
عليها عوضا لان صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا اصلا فضلا عن
كونه متقوما كما في النكاح والخلع فان مات المولى قبل ان تؤدي بدل الكتابة
عتقت ولا شيء عليها لانها كانت ام ولد وقد مات مولاها واما العتق بغير اما العتق صح
شيء فلان الكتابة قد بطلت لان الحرية توجهت اليها من جهتين الاستيلاد والكتابة
فاذا ثبت العتق باحدهما بطل حكم الاخر وكذا يجوز اعتاقها على مال وبيعها
نفسها حتى اذا قبلت عتقت والمال دين عليها لان الاعتاق على مال ضرب
تعجيل الحرية واما الذي يتعلق بما بعد موت المولى فمنها عتقها كان معلقا لان عتقها صح
شرعا بموت المولى لما روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه
وقد روينا عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت
ام ابراهيم اعتقها ولدها ومعلوم انه لا تثبت حقيقة العتق في حال الحياة فلو لم تثبت
بعد الموت لتعطل الحديث ولان سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت
نسب الولد ولم يعمل في حالة الحياة فلو لم يعمل بعد الموت لتعطل السبب
ويستوي فيه الحقيقي والحكمي بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب
التدبير وكذا الحربي المستامن اذا اشترى جارية في دار الاسلام واستولدها
ثم رجع الى دار الحرب فاسترق الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر وكذا
يعتق ولدها الذي ليس من مولاها اذا سرت امية الولد اليها على ما بينا لان الولد
يتبع الام في الرق والحرية ومنها انها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث
ولا للغريم بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ام الولد
لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال وروي ايضا عن سعيد بن المسيب
انه قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في
الدين ولا يجعلن في الثلث وفي بعض الروايات ولا يجعلن في الثلث ولا يستسعين
في دين وفي بعضها امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير
الثلث ولا يبعن في دين ولان سبب ثبوت حرية ام الولد هو ثبوت نسب
الولد وحرية النسب لا تجامعها السعاية كذا حرية الاستيلاد ومنها
ان ولاءها للمولى لان اعتاقها منه لما بينا **فصل** واما بيان ما يظهر به الا ستيلاد
فظهوره باقرار المولى ثم ان اقر به في حال الصحة ان هذه الجارية قد ولدت منه

فقد صارت ام ولد سوا كان معها ولد او لم يكن لان الاقرار في حال الصحة لا تهمة
فيه فيصح ولهذا لو اعتقها في الصحة يعتبر من جميع المال وان كان الاقرار في مرض
موته فان كان معها ولد صارت ام ولد ايضا وعتقت من جميع المال اذا مات
المولى لان كون الولد معها دليل الاستيلاد فكان الظاهر شاهدا له فيصح اقراره
ولان النسب من الحوايج الاصلية وتصرف المريض مرض الموت فيما يحتاج اليه
حاجة اصلية نافذ كشرا الطعام والكسوة ونحو ذلك وان لم يكن معها ولد
عتقت من الثلث لانه متهم في اقراره في حق ساير الورثة ولم يوجد ما ينفي التهمة
وهو الولد وكذا اذا لم يكن معها ولد لا يحتاج الى النسب فيصير قوله هذه
ام ولدي كقوله هذه حرة بعد موتي فتعتق بعد موته من الثلث والله الموفق

كتاب المكاتبة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في
بيان جواز المكاتبة وفي بيان ركن المكاتبة وفي بيان شرايط الركن وفي بيان
ما يملكه المولى المكاتب من التصرفات وما لا يملكه وفي بيان ما يملكه المولى من
التصرف في المكاتب وما لا يملكه وفي بيان صفة المكاتبة وفي بيان حكم المكاتبة
وفي بيان ما تنفسخ به المكاتبة اما الاول فالقياس ان لا تجوز المكاتبة لما
فيها من ايجاب الدين للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وفي
الاستحسان جايزة بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله
تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا فادنى درجات الامر الندب فكانت
المكاتبة مندوبا اليها فضلا عن الجواز وقوله ان علمتم فيهم خيرا اي رغبة
في ادا الفرايض وقيل وفا الامانة الكتابة وقيل حرفة وروي هذا عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ~~محمد بن الحسن باسناده عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده~~ انه قال في تفسير قوله خيرا اي حرفة ولا ترسلوهم كلا
على الناس واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما
عبد كوتب على مائة اوقية فاداها كلها الا عشر اواق فهو رقيق وقال
صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وروي ان عايشة رضي الله
عنها كاتبت بريرة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه
اجماع الامة وبهذا تبين ان قول داود بن علي الاصفهاني ان المكاتبة واجبة
قول مخالف الاجماع وان تعلقه بظاهر الامر لا يصح لان الامة من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يتركون مماليكهم بعد موتهم ميراثا لورثتهم من غير
نكير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر الوجوب واما الجواب عن وجه القياس ان

محمد بن الحسن باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده

المولى

320

المولى لا يجب له على عبده دين فهذا على الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك في العبد
القن لا المكاتب والمستسعى لان كسب القن ملك المولى وكسب المكاتب
والمستسعى ملكهما لا حق للمولى فيه فكان المولى كالاجنبي عن الكسب فامكن ايجاب
الدين للمولى عليه والله اعلم

فصل واما ركن المكاتبة فهو الايجاب من
المولى والقبول من المكاتب اما الايجاب فهو اللفظ الدال على المكاتبة نحو قول
المولى لعبده كاتبتك على كذا سواء ذكر فيه حرف التعليق بان يقول فيه على انك ان
اديته الي فانت حر او لم يذكر عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يتحقق الركن
بدون حرف التعليق وهو ان يقول كاتبتك على كذا على انك ان اديت الي فانت
حر بنا على ان معنى المعاوضة اصل في المكاتبة ومعنى التعليق فيها تابع عندنا
والعتق عند الادا يثبت من حيث المعاوضة لا من حيث التعليق بالشرط وعنده
معنى التعليق فيها اصل ايضا والعتق يثبت من حيث التعليق فلا بد من حرف التعليق
وما قلناه اولى بدليل انه لو ابراه عن بدل الكتابة يعتق ولو كان ثبوت
العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الادا وكذا
لو قال لعبده انت حر على الف تؤديها الي نجوما في كل شهر كذا فقبل او قال
ان اديت الي الف درهم كل يوم منها كذا فانت حر فقبل او قال جعلت عليك
الف درهم تؤديها الي نجوما كل نجم كذا فاذا اديت فانت حر وان عجزت فانت
رقيق فقبل او نحو ذلك من الالفاظ لان العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ
واما القبول فهو ان يقول العبد قبلت او رضيت وما اشبه ذلك واذا وجد
الايجاب والقبول فقد تم الركن ثم الحاجة الى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه
مقصودا لا تبعا كالولد المولود في الكتابة والولد المشترى والوالدين على ما
نذكر لان الاتباع كما لا تفرد بالشروط لا تفرد بالاركان لما فيه من قلب الحقيقة
وهو جعل التبع متبوعا وهذا لا يجوز

فصل واما شرايط الركن
فانواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها يرجع الى المكاتب وبعضها يرجع الى
بدل الكتابة وبعضها يرجع الى نفس الركن ثم بعضها شرط الانعقاد
وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة اما الذي يرجع الى المولى
فمنها العقل وانه شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة من المجنون والصبي
الذي لا يعقل ومنها البلوغ وهو شرط الانعقاد ايضا حتى لا تنعقد المكاتبة من الصبي
العاقل وان كان ماذونا في التجارة من قبل المولى او الوصي لان المكاتبة ليست
بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتبة ليست كذلك وليست من

في م

توابع التجارة ولا من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد المأذون والشريك شركة عنان
والمضارب لما قلنا وله ان يكاتب عبد باذن ابيه او وصيه لان الاب او الوصي
يملكان العقد بانفسهما فيملكان الاذن به للصبي اذا كان عاقلا ومنها
الملك او الولاية وهذا من شرايط النفاذ لان المكاتبة فيها معنى المعاوضة والتعليق
وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية كذا عند الاجتماع فلا
تنفذ المكاتبة من الفضولي لانعدام الملك والولاية وينفذ من الوكيل لانه نايب
الموكل فكان تصرفه تصرف الموكل وكذا من الاب والوصي استحسانا والقياس
ان لا تنفذ وجه القياس ان المكاتبة تصرف يفضي الى العتق وهما لا يملكان
الاعتاق لا بغير بدل ولا ببدل كالاعتاق على مال وبيع نفس العبد منه وجه
الاستحسان ان المكاتبة من باب اكتساب المولى المال ولهما ولاية اكتساب
الاموال كالبيع والاجارة بخلاف الاعتاق وبيع نفس العبد منه لان ذلك ليس
من باب الاكتساب بل هو من باب الاتلاف لان العبد يعتق بنفس القبول ويبقى
المال دينا في ذمة المفلس فان اقر الاب او الوصي بقبض بدل الكتابة فان
كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر من الشهود يصدق ويعتق المكاتب
لانه امين في قبض الكتابة فكان مصدقا كالوكيل بالبيع اذا باع ثم اقر بقبض
الثمن وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره ولا يعتق العبد لان الكتابة اذا لم تكن
ظاهرة كان ذلك منه اقرارا بالعتق واقرار الاب او الوصي بعتق عبد الصبي لا
يجوز واذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفا الدين فيصح
اقراره ولو كاتب الاب او الوصي ثم ادرك الصبي فلم يرض بالمكاتبة فالمكاتبة
ماضية الا انه ليس للاب والوصي ان يقبض بدل الكتابة لانه انما كان يملك
القبض بولايته لا بمباشرته العقد لان حقوق العقد في المكاتبة ترجع الى
من عقد له لا الى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ بخلاف الوصي اذا باع
شيا ثم ادرك اليتيم ان له ان يقبض لان حقوق البيع وكل عقد هو مبادلة المال
بالمال ترجع الى العاقد هذا اذا كانت الورثة صغارا فان كانوا كبارا لا يجوز
للوصي ان يكاتب ولا للاب لزوال ولايتهما بالبلوغ سوا كانوا حضورا او غيبا
لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف وهذا بخلاف البيع ان الوارث الكبير اذا
كان غايبا ان للاب او الوصي ان يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ
لان حفظ ثمنه ايسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس في الكتابة حفظ
فلا يملكانها وان كانت الورثة صغارا وكبارا ذكر في الاصل انه لا يجوز ثم اختلف

في

في هذا الاطلاق قال بعضهم معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار واما في نصيب
الصغار فجايز وقال بعضهم معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار والصغار جميعا
لانه اذا لم يجز في نصيب الكبار لم يكن في جوازه في نصيب الكبار فايدة لانهم
لان لهم ان يفسخوا العقد وصار هذا كعبد بين اثنين انه يمتنع احدهما عن كتابة
نصيبه الا برضى شريكه لانه لو فعل بغير اذن شريكه كان لشريكه ان يفسخ فلم
يكن فيه فايدة كذا هذا ولو كان على الميت دين فكاتب الوصي عبدا من تركته لم تجز
كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بينما اذا كان الدين محيطا بالتركة وبينما اذا لم يكن
محيطا بها منهم من اجرى المذكور في الاصل على اطلاقه وقال لا تجوز كتابته سوا
كان الدين محيطا بالتركة او لم يكن اما اذا كان محيطا بالتركة فلان حق الغرما
يكون متعلقا بها فالمكاتبة تتضمن ابطال حقهم لانها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة
موجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك تاجيلها بالكتابة وان كان غير محيط بالتركة فكذلك
لان ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقا ويبطل بالكتابة لان ذلك القدر من
الدين يتاجل تسليمه فيتضرر به الغريم الا ان يجيز واستيفاه من غيرها فيجوز
لان عدم الجواز لحق الغريم فاذا استوفى من محل اخر فقد زال حقه فزال المانع
من الجواز وذكر القدوري ان المسلة محمولة على ما اذا كان الدين محيطا بالتركة بان
لم يكن للميت مال غير العبد لانه اذا كان هناك مال اخر يقضي به الدين فحق الغرما
لا يتعلق بنفس العبد لان التعلق لحاجتهم الى استيفا دينهم وانه يحصل بدونه ولانه
لو تعلق قليل الدين بالتركة لادى الى الحرج لان التركة قلما تخلوا عن قليل دين ولا يجوز
لاحد الوصيين ان يكاتب بغير اذن شريكه في قول ابي حنيفة ومحمد ويجوز في
قول ابي يوسف واصل المسلة انه هل لاحد الوصيين ان يتصرف في مال اليتيم
بغير اذن صاحبه فهو على الخلاف الذي ذكرنا وهي من مسايل كتاب الوصايا وللوصي
ان يكاتب لانه قايم مقام الوصي وسوا كان المملوك محجورا او ماذونا بالتجارة
وعليه دين او لا دين عليه لان الدين لا يوجب زوال الملك فتنفذ المكاتبة الا
انه اذا كان عليه دين محيط او غير محيط فللغرما ان يردوا المكاتبة لان لهم حق
استيفا الدين من رقبته فهو بالمكاتبة اراد ابطال حقهم فكان لهم ان ينقضوا
كما لو باعه وعليه دين محيط او غير محيط ان البيع ينفذ لكن للغرما ان ينقضوا
الا اذا قضى المولى دينهم من مال اخر قبل ان ينقضوا فليس لهم ان ينقضوا ومضت
المكاتبة لانها وقعت جايزة لوقوعها في الملك الا انه كان للغرما النقض لقيام حقهم
فاذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جايزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين

على المكاتب لانه بقضا الدين اصلح مكاتبته فكان عاملا لنفسه وكذا لو ابى المولى ان يقبض
الدين واداه الغلام عاجلا مضت الكتابة لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما
ادى لما قلنا فان كان المولى اخذ البدل ثم علم الغرما فلهم ان ياخذوا من المولى
ما اخذ من بدل الكتابة لان كسب العبد المديون وانه يوخذ من المولى والعتق
واقع اما من طريق المعاوضة لسلامة العوض للمولى واما من طريق التعليق بالشرط
لوجود الشرط وهو ادا بدل الكتابة والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض فان
بقي من دينهم شي كان لهم ان يضمنوا المولى قيمته لانه ابطل حقهم في قدر قيمة
العبد حيث منعهم عن بيعه بوقوع العتق ولهم ان يتبعوا العبد ببقية دينهم
لان الدين كان ثابتا في ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت
الذمة فكان لهم ان يتبعوه ولا يرجع المولى على العبد بما اخذ منه من بدل الكتابة
لان المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكان مكاتبته اياه مع علمه
ان الغرما احق بكسبه منه دلالة الرضى بما اخذ منه ولو كان العبد مرهونا او مواجرا فكاتبه
توقفت المكاتبة على اجازة المرتهن والمستاجر فان اجاز جاز وان فسخا هل تنفسخ
بفسخهما فهو على ما نذكر في باب البيوع والاجارات ان شا الله تعالى وسوا
كان المملوك قنا او غيره حتى لو كاتب مدبره او ام ولده جازت المكاتبة لقيام
الملك اذ التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك وهما من باب استعجال الحرية
فاذا ادبا عتقا فقد مضى الامر وان مات المولى قبل الادا عتقا ايضا ولا شي
عليهما لانهما يعتقان بموت السيد هذا اذا كانا يخرجان من الثلث فان كانا لا
يخرجان من الثلث فام الولد تعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى واما المدبر
فله الخيار في قول ابي حنيفة ان شا سعى في جميع الكتابة وان شا سعى في ثلثي
القيمة اذا كان لا مال له غيره فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية
في ثلثي قيمته يسعى حالا وعند ابي يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند ابي يوسف
يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وقد ذكرنا المسلة في كتاب
الاستيلاد ومنها الرضى وهو من شرايط الصحة فلا تصح المكاتبة مع
الاكراه والهزل والخطا كالبيع ونحوه واما حرية المكاتب فليست من شرايط
جواز المكاتبة فتصح مكاتبة المكاتب لما نذكر وكذا اسلامه فتجوز مكاتبة
الذمي عبده الكافر لقول النبي صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين ان يكاتبوا عبيدهم فكذا لاهل
الذمة ولان المكاتبة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه

بذلك صح

الرضى صح

وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة صح

لانها من التصرفات التي تحتمل الفسخ فيفسد بالكره والهزل والخطا صح

الذمي

الذمي

الذمي حالة الانفراد كذا عند الاجتماع وكذا اذا ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جايز وهذا
فرع اصلنا في شرا الكافر العبد المسلم انه جايز الا انه يجبر على بيعه صيانة له
عن الاستذلال باستخدام الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام
بزوال يده عنه بالكتابة واما مكاتبة المرتد فهو موقوفة عند ابي حنيفة فان قتل
او مات على الردة او لحق بدار الحرب بطلت وان اسلم نفذت وعندهما هي نافذة وهي من
مسايل السير والله الموفق وصلى واما الذي يرجع الى المكاتب فانواع
ايضا منها ان لا يكون فيه خطر العدم وقت المكاتبة وهو شرط الانعقاد حتى
لو كاتب ما في بطن جاريته لم تنعقد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر
والمكاتبة فيها معنى البيع ومنها ان يكون عاقلا وهو من شرايط الانعقاد حتى
لو كاتب الرجل عبده المجنون او صغيرا لا يعقل لم تنعقد مكاتبته لان القبول احد
شطري الركن واهلية القبول لا تثبت بدون العقل ولان ما هو المقصود من
هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه فان كاتبه فادى البدل عنه رجل فقبل
المولى لا يعتق لان العقد لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد فكان ادا الاجنبي
ادا من غير عقد فلا يعتق وله ان يسترد ما ادى لانه اداه بدلا عن العتق
ولم يسلم العتق ولو قبل الرجل عنه الكتابة ورضي المولى لم يجز ايضا لان الرجل
قبل الكتابة عن غيره من غير رضاه ولا يجوز قبول الكتابة عن غيره بغير رضاه
وهل يتوقف على اجازة العبد بعد البلوغ ذكر القدوري انه لا يتوقف وذكر
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يتوقف والصحيح ما ذكر القدوري لان
تصرف الفضولي انما يتوقف على الاجازة اذا كان له مجيز وقت التصرف ولا مجيز
له وقت وجوده اذ الصغير ليس من اهل الاجازة فلا يتوقف بخلاف ما اذا كان العبد
كبيرا غايبا فجا رجل وقبل الكتابة عنه ورضي المولى ان الكتابة تتوقف على اجازة
العبد لانه من اهل الاجازة وقت قبول الفضولي عنه فكان له مجيز وقت التصرف
فتتوقف فلو ادى القابل عن الصغير الى المولى ذكر في الاصل انه يعتق استحسانا وجعله
بمنزلة قوله اذا اديت الي كذا فعبدي حر وفي القياس لا
يعتق لان المكاتبة على الصغير لم تنعقد لانه ليس من اهل القبول فبقي الادا بغير
مكاتبة فلا يعتق وجه الاستحسان ان المكاتبة فيها معنى المعاوضة ومعنى
التعليق والمولى ان كان لا يملك الزام العبد العوض لكن يملك تعليق عتقه بالشرط
فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط وكذا اذا كان العبد كبيرا
غايبا فقبل الكتابة عنه فضولي واداها الى المولى يعتق استحسانا وليس للقابل

م

عن ح

وقت

استرداد المودى والقياس ان لا يعتق وله ان يسترد لما قلنا هذا اذا ادى
الكل فان ادى البعض فله ان يسترد قياسا واستحسانا لانه انما ادى ليسلم
العتق والعتق لا يسلم له باداء بعض بدل الكتابة فكان له ان يسترد الا اذا بلغ
العبد فاجاز قبل ان يسترد القابل فليس له ان يسترد بعد ذلك لان الاجازة
استند جواز العقد الى وقت وجوده فاذا حصل عن عقد جائز فلا يكون له
الاسترداد فلو ان العبد عجز عن اداء الباقي ورد في الرق فليس له ان يسترد ايضا
وان رد العبد في الرق لان المكاتبة لا تنفسخ بالرد في الرق بل تنتهي في المستقبل
فكان حكم العقد قائما في القدر المودى فلا يكون له الاسترداد بخلاف باب البيع
ان باع شيئا ثم تبرع انسان باداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد بالعيب او بوجه من
الوجوه ان للمتبرع ان يسترد ما دفع لان الدفع كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك
العقد وكذلك لو تبرع رجل باداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول انه
يسترد منها النصف لان الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه ولو كانت الفرقة
من قبلها قبل الدخول بها فله ان يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج بل
يكون للمتبرع لانفساخ النكاح هذا كله اذا ادى القابل فلو امتنع القابل عن الاداء لا
يطالب بالاداء الا اذا ضمن فحينئذ يوخذ به بحكم الضمان فاما بلوغه فليس بشرط
حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشرا جازت المكاتبة ويكون كالكبير في جميع
احكامه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان المكاتبة اذن في التجارة واذن الصبي كتاب صح
العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهي من مسايل المادون فصل واما
الذي يرجع الى بدل الكتابة فمنها ان يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة بلغ
على الميتة والدم لانهما ليسا بمال في حق احد لا في حق المسلم ولا في حق الكافر الا ترى ان
المشتري بهما لا يملك وان قبض فلا تنعقد عليهما المكاتبة حتى لا يعتق وان
ادى لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا اذا كان قال ان اديتهما
الي فانت حر فادى فانه يعتق بالشرط واذا عتق بالشرط لا يرجع
المولى عليه بقيمته لان هذا ليس بمكاتبة انما هو اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله
ان دخلت الدار فانت حر ومنها ان يكون متقوما وانه من شرايط الصحة فلا تصح
مكاتبة المسلم عبده المسلم او الذمي على الخمر والخنزير لان الخمر وان كانت مالا في م ولا مكاتبة الذمي عبده المسلم على الخمر والخنزير صح
حق المسلمين فهي غير متقومة في حقهم فانعقدت المكاتبة على الفساد فان
ادى يعتق وعليه قيمة نفسه لان هذا حكم المكاتبة الفاسدة على ما نذكر في بيان
حكم المكاتبة واما الذمي فتجوز مكاتبته عبده الكافر على خمر او خنزير لان ذلك

مال

مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا فان كاتب ذمي عبده الكافر على خمر فاسلم
احدهما فالمكاتبة باطلة ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لان الكتابة وقعت صحيحة
لكون الخمر مالا متقوما في حقهم الا انه اذا اسلم احدهما فقد تعذر التسليم لان او التسليم
المسلم منهي عن ذلك فتجب قيمتها ولا ينفسخ العقد بخلاف ما اذا اشترى
الذمي من ذمي شيئا بخمر ثم اسلم احدهما قبل قبض الخمر ان البيع يبطل وهاهنا لا
تبطل المكاتبة لان عقد المكاتبة مبناه على المساهلة والمسامحة نظرا للعبيد
ايصالا لهم الى شرف الحرية فلا تنفسخ بتعذر تسليم المسمى او تسليمه بايصاله الى
بدله فاما البيع فعقد مماكسة ومضايقة لا يجري فيه من السهولة ما يجري
في المكاتبة فينفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى واذا ارتفع لا يتصور تسليم ويرتفع صح
القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها ان يكون معلوم النوع والقدر سوا كان
معلوم الصفة ام لا وهو من شرايط الانعقاد فان كان مجهول النوع او مجهول
القدر لم تنعقد وان كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة
والاصل ان الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبة والا فلا وجهالة النوع والقدر
جهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فانه روي عن عمر رضي الله عنه انه
اجاز المكاتبة على الوصف بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا على الجواز
والاجماع على الجواز اجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من الجهالة في باب المكاتبة
وبيان هذا الاصل في مسايل اذا كاتب عبده على ثوب او دابة او حيوان او دار لم
تنعقد حتى لا يعتق وان ادى لان الثوب والدابة والحيوان مجهول النوع لاختلاف
انواع كل جنس واشخاصه اختلافا متفاحشا وكذا الدور تجري مجرى الاجناس
المختلفة للتفاوت بين دار ودار في الهيئة والتقطيع وفي القيمة باختلاف المواضع لعلها حشو صح
من البلدان والمحال والسكك ولهذا منعت هذه الجهالة صحة التسمية في الاعتاق
على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه الاشيا لكثرة التفاوت
في انواعها واشخاصها بمنزلة الاجناس المختلفة فيصير كانه كاتبه على ثوب او دابة
او حيوان او دار فادى طعاما ولو كان كذلك لا يعتق فكذا هاهنا لا يعتق وان
ادى على الثياب والدواب والدور بخلاف ما اذا كاتبه على قيمته فادى القيمة
انه يعتق لان التفاوت بين القيمتين لا يلحقهما بجنسين فكانت جهالة القيمة
مفسدة للعقد لا مبطلة له وان كاتبه على ثوب هروي او عبد او جارية او فرس
جازت الكتابة لان الجهالة هاهنا جهالة الوصف انه جيد او وسط او ردي وانها
لا تمنع صحة التسمية كما في النكاح والخلع والاصل ان الحيوان يثبت دينا في الذمة

وفي مبادلة المال بغير المال كما في النكاح ونحوه فتصح التسمية ويقع على الوسط كما في باب
الزكاة والدية والنكاح وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط ولو جا
العبد بقدر الوسط في هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما في النكاح والخلع
ونحوهما ولو كاتبه على لؤلؤة او ياقوتة لم تنعقد لان الجهالة متفاحشة
ولو كاتبه على كر حنطة او ما اشبه ذلك من المكيل او الموزون ولم يصف يجوز
وعليه الوسط من جنسه لانه يثبت دينا في الذمة في مبادلة المال بالمال
اذا كان موصوفا ويثبت في مبادلة المال بما ليس بمال وان لم يكن موصوفا
كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والكتابة معاوضة
ما ليس بمال من جانب المولى فتجوز الكتابة عليه ويجب الوسط ولو كاتبه
على حكمه او حكم نفسه لم تنعقد لان الجهالة هاهنا افحش من جهالة النوع
والقدر لان البدل هنا مسمى ولا تسمية للبدل هاهنا راسا وكانت الجهالة
هاهنا اكثر والى هذا اشار في الاصل فقال ارايت لو حكم المولى عليه بملء
الارض ذهبا اكان يلزمه او حكم العبد على نفسه بفلس هل كان يلزمه فلم
ينعقد العقد اصلا فلا يعتق بالحكم وان كاتبه على الف درهم الى العطا
او الدياس او الحصاد ونحو ذلك مما يعرف من الاجل جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز لان الاجل مجهول وجهالة الاجل تبطل البيع فتبطل الكتابة وجه
الاستحسان ان الجهالة لم تدخل في صلب العقد لانها لا ترجع الى البدل وانما
دخلت في امر زائد ثم هي غير متفاحشة فلا توجب فساد الكتابة كجهالة
الوصف بخلاف البيع الى هذه الاوقات انه يفسد لان الجهالة لا توجب
فساد العقد لذاتها بل لافضائها الى المنازعة بخلاف البيع لان مبناه على
المماكسة فتفضي الى المنازعة ولهذا جازت الكفالة الى هذه الاوقات
ولم يجز تاجيل الثمن اليها في البيع بخلاف الكتابة الى مجي المطر وهبوب
الريح لانه ليس لذلك وقت معلوم فتفحش الجهالة فان كاتبه الى العطا
فتاخر العطا فان الاجل يحل في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه العطا لان
المراد به في العرف والعادة وقت العطا لا عين العطا وكذا هذا في
الحصاد والدياس ولو كاتبه على قيمته فالكتابة فاسدة لان القيمة
تختلف باختلاف تقويم المقومين وكان البدل مجهول القدر وانه
جهالة متفاحشة ولهذا امتنعت صحة التسمية في باب النكاح حتى يعدل
الى مهر المثل فتمنع صحة الكتابة اولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البدل

ولا

ولا جواز للكتابة من غير تسمية البدل فلما لم تصح تسمية القيمة هناك فلان لا
تصح هاهنا اولى ولان القيمة موجب العقد الفاسد فكان ذكرها نصا على
الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على عبد لان جهالة العبد جهالة الوصف انه جيد
او وسط او ردي فعند الاطلاق يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم
الا ترى ان ابا حنيفة رحمه الله جعل قيمة الوسط اربعين دينارا فاما الكتابة
على القيمة فليست مكاتبة على بدل معلوم عند الناس عند اطلاق الاسم فصار
كما لو كاتبه على الف او على الفين غير انه اذا ادى القيمة عتق لان العقد
الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض
والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول حتى يثبت الملك في البيع ويجب
العقر والعدة ويثبت النسب في النكاح كذا المكاتبة الفاسدة ولو
كاتبه على ان يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز
وجه القياس ان الخدمة مجهولة لانها مختلفة ولا يدري في اي شي يستخدمه
وانه يستخدمه في الحضر او في السفر وجهالة البدل تمنع صحة المكاتبة
وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف الى الخدمة المعهودة
فتصير معلومة بالعادة ويعلم المولى انه في اي شي يستخدمه ويعلم العبد انه
لاي شي يصلح كما لو عينها نصا ولهذا جازت الاجارة على هذا الوجه فالمكاتبة
اولى لانها اقبل من الاجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جائز
استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان الخدمة مجهولة لانها
مختلفة ولا يدري في اي شي يستخدمه وانه يستخدمه في الحضر او في السفر
وجهالة البدل تمنع صحة المكاتبة وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة
تنصرف الى الخدمة المعهودة فتصير معلومة بالعادة ويعلم المولى انه في
اي شي يستخدمه ويعلم العبد انه لاي شي يصلح فصار كما لو عينها نصا ولهذا
جازت الاجارة على هذا الوجه فالمكاتبة اولى لانها اقبل للجهالة من
الاجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جائز في القياس كذا ذكر
في الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضي ان لا يجوز لما ذكرنا وانما
اراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا ويجوز القياس على موضع الاستحسان
اذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى كقياس الجماع ناسيا على الاكل والشرب
ناسيا ولان المنافع اموال في العقود وانها تصير معلومة بذكر المدة ولا فرق
بين ان يستاجر رجلا ليخدمه او ليخدم غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر له

بيرًا قد سمي له طولها وعمقها ومكانها او على ان يبني له دارًا واراه اجرها وجصها
وما يبني بها لانه كاتبه على بدل معلوم الا ترى ان الاجارة عليه جايزة
فالمكاتبة اولى ولو كاتبه على ان يخدمه ولم يذكر الوقت فالمكاتبة فاسدة
لان البدل مجهول ومنها ان لا يكون البدل من مال المولى وهو شرط الانعقاد
حتى لو كاتبه على عين من اعيان المولى لم تجز لانه تكون مكاتبة بغير بدل
في الحقيقة فلا تجوز كما اذا باع دارا من انسان بعبد هو لصاحب الدار انه
لا يجوز البيع لانه يكون بيعا بغير ثمن في الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما في
يد العبد من الكسب وقت المكاتبة لان ذلك مال المولى فتكون مكاتبة على مال المولى
فلم تجز واما كون البدل ~~بغير عينه~~ دينًا من عبد او ثوب او دار او غير ذلك مما
يتعين بالتعيين وهو ليس من اعيان مال المولى ولا كسب العبد ولكنه
ملك اجنبي وهو معين مشار اليه ذكر في كتاب المكاتبة اذا كاتبه على عبد
بعينه لاجل لم تجز ولم يذكر الخلاف وذكر في كتاب الشرب اذا
كاتبه على ارض بعينها لاجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعة الخلاف
فقال لا تجوز عند ابي حنيفة وتجوز عند ابي يوسف وعند محمد ان اجاز
صاحبه جاز وان لم تجز واطلاق رواية كتاب المكاتبة يقتضي ان لا تجوز
اجاز او لم يجز واطلاق رواية كتاب الشرب يقتضي الجواز اجاز او لم يجز
ولانه لما جاز عند عدم الاجازة فعند الاجازة اولى ويجوز ان يكون قول محمد
تفسيرا للروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتبة لانه كاتبه على مال
يملك لانه كاتبه على ملك الغير وشرح هذا التعليل ان المكاتبة
عقد وضع لاكتساب المال والعبد لا يقدر على اكتساب ~~المال~~ هذا العين لا
محالة لان مالك العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد
ولانا لو قضينا بصحة هذه المكاتبة لفسدت من حيث تصح لانه اذا كاتبه على
عبد معين هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر عليه التسليم وكان
موجبها وجوب قيمة العبد فيصير كانه كاتبه على قيمة العبد فتفسد
من حيث تصح وما كان في تصحيحه افساده يقضى بفساده من الاصل او يقال
اذا تعذر عليه التسليم فاما ان تجب عليه قيمة العبد او قيمة نفسه وكل ذلك
فاسد وجه رواية كتاب الشرب وهو المروي عن ابي يوسف ايضا ان
المكاتبة في معنى الاعتاق على مال ثم لو اعتق عبده على عبد بعينه لاجل وقبل
العبد جاز كذا هذا وجه ما روي عن محمد رحمه الله من التوقف على الاجازة

ان

ان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة كالبيع وكذلك كل ما يتعين من
مال غيره من عرض او موزون او مكيل لان هذه الاشياء كلها تتعين في العقود
بالتعيين فكانت كالعبد ولو قال كاتبتك على الف فلان هذه جازت المكاتبة
لان الدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات فيقع العقد على مثلها
في الذمة لا على عينها فيجوز وان ادى غيرها عتق لان المكاتبة وقعت على ما
في الذمة وسواء كان البدل قليلا او كثيرا لان دلائل جواز المكاتبة لا تفصل بين
القليل والكثير وسواء كان موجلا او غير موجل عندنا وقال الشافعي رحمه الله
لا تجوز الا موجلا وهو على قلب الاختلاف في السلم انه لا يجوز الا موجلا عندنا
ويجوز عنده موجلا ومعجلا فالحاصل انه لا خلاف في جواز المكاتبة على بدل
موجل واختلف في الجواز على بدل غير موجل قال اصحابنا تجوز وقال الشافعي لا
تجوز الا موجلا منجما بنجمين فصاعدا وجه قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل
عند العقد لانه فقير ~~لا مال~~ لا مال له والعجز عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده
بدليل انه لو طرى على العقد رفعه فاذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق
الاولى لان المنع اسهل من الرفع وكذا ماخذ الاسم يدل على ما قلنا فان الكتابة ماخوذة
من الكتاب والكتاب يذكر بمعنى الاجل قال الله تعالى وما اهلكنا من قرية الا
ولها كتاب معلوم اي اجل لا يتقدم ولا يتاخر فسمي هذا عقد كتابة لكون البدل فيه
موجلا ويذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو المكتوب سمي العقد بذلك لان
البدل يكتب في الديوان والحاجة الى الكتابة للموجل لا للحال فكان الاجل فيه
شرطا كالسلم لما كان ماخوذا من التسليم كان تسليم راس المال فيه شرط الجواز
السلم وكذا الصرف لما كان ينبي عن نقل البدل من يد الى يد كان القبض فيه من
الجانبين شرطا كذا هذا ولنا قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا من غير
فصل بين الحال والموجل ولان بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال ~~به يجوز~~
قبل القبض ~~فيه من الجانبين شرطا كذا هذا~~ فلا يشترط فيه التاجيل كسائر الديون
بخلاف بدل الصرف والسلم واما قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند
العقد فمسلم لكن الاداء يكون بعد العقد ويحتمل حدوث القدرة بعده
بان يكتسب مالا او يقبل هبة او صدقة فيودي بدل الكتابة واما ماخذ
الاسم فالكتابة تحتمل معاني يقال كتب اي اوجب قال الله تعالى كتب على نفسه
الرحمة ويقال كتب اي ثبت قال الله كتب في قلوبهم الايمان وكتب اي حكم وقضى
قال الله تعالى كتب الله لاغلبن انا ورسلي وشيء من هذه المعاني لا ينبي عن التاجيل

بر قبل القبض

ثم اذا كانت المكاتبة حالّة فان ادى البدل حين طالبه به المولى والا رد في الرق
سوا شرط ذلك في العقد او لم يشترط بان قال له ان لم تودها الي حالّة فانت
رقيق لانه كاتبه على بدل موصوف بصفة الحلول فلم يكن راضيا بدون
تلك الصفة وكذلك اذا كاتبه منجمة بنجوم معلومة فعجز عن اداء نجم منها
يرد الى الرق في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يرد حتى يتوالى عليه
نجمان واحتج ابو يوسف بما روي عن علي رضي الله عنه انه قال المكاتب اذا
توالى عليه نجمان رد في الرق فقد شرط حلول نجمين لجواز ان يقرضه انسان او
يحصل له مال من موضع اخر فيودي فاذا اجتمع عليه مال نجمين فقد تحقق
عجزه ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كاتب عبدا له فعجز عن نجم واحد
فرده الى الرق والظاهر ان ذلك كان على علم من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه
انكر عليه احد فيكون اجماعا ولان المولى شرط عليه في كل نجم قدرا من المال وانه
شرط معتبر مفيد من شرايط الكتابة فكان له ان يرده الى الرق عند فواته كما
لو عجز عن نجمين واما احتجاجه بقول علي رضي الله عنه فغير سديد لانه
احتجاج بالمسكوت لان فيه انه اذا توالى عليه نجمان يرد الى الرق وليس فيه انه اذا
كسر نجما واحدا ماذا حكمه او يحمل على الندب وبه نقول ان المكاتب اذا انكسر
نجما يندب مولاه الى انه لا يرده الى الرق ما لم يتوالى عليه نجمان رفقا به ونظرا
فان عجز عن نجم على اصلهما او عن نجمين على اصله فان كان له مال حاضر او غايب
يرجى حضوره بان قال لي مال على انسان او مال يجي في القافلة فان القاضي ينتظر
عليه يومين او ثلاثة استحسانا لان هذا القدر من التاخير مما لا ضرر فيه على
المولى وفيه رجا وصول كل واحد منهما فيفعل القاضي ذلك عند رجا الوصول
ولو اختلف المولى والمكاتب في قدر البدل او جنسه بان قال المولى كاتبتك على الفين
او على الدنانير وقال العبد بل كاتبتني على الف او على الدراهم فالقول قول المكاتب
في قول ابي حنيفة الاخر سوا كان قد ادى من بدل الكتابة شيا او كان لم يود وكان
يقول اولا يتحالفان ويترادان كالبيع لان الكتابة معنى المبادلة ثم رجع وقال القول
قول المكاتب لانه المستحق عليه ومتى وقع الاختلاف في قدر المستحق
او جنسه فالقول قول المستحق عليه في الشرع كما في ساير الديون ولان
القياس يمنع التحالف لما نذكر في كتاب البيوع الا ان الشرع ورد به بخلاف
القياس في البيع وانه مبادلة المال بالمال مطلقا والكتابة بخلافه فلم يكن
في معنى البيع فلا تقاس عليه والله الموفق فصل واما الذي يرجع الى نفس

الركن من شرايط الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى
العقد الداخل في صلب العقد من البدل فان لم يخالف مقتضى العقد جاز
الشرط والعقد وان خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل في صلبه يبطل
الشرط ويبقى العقد صحيحا وانما كان كذلك لان عقد المكاتبة في جانب
المعقود عليه وهو العبد بمنزلة الاعتاق لما فيه من فك الحجر واسقاطه
والاعتاق مما لا تبطله الشروط الفاسدة وفيما يرجع الى البدل وجانب
المولى بمنزلة البيع لان المولى عقد عقدا يؤول الى زوال ملكه عنه فكان كالبيع
والبيع مما تفسده الشروط الفاسدة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط
فتجعل في الشروط الداخلة في صلب العقد بمنزلة البيع فتعمل فيه الشروط
الفاسدة وفيما لا تدخل عملا بالمعنيين جميعا بقدر الامكان وعلى هذا مسايل
اذا كاتب جارية على الف درهم على ان يطاها ما دامت مكاتبة او على ان يطاها
مرة فالمكاتبة فاسدة لانه شرط فاسد لكونه مخالفا مقتضى العقد
لان عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطي وانه دخل في صلب العقد لدخوله في
البدل حيث جعل البدل الف درهم ووطيها ففسدت المكاتبة ولو كاتب
عبده على الف درهم على ان لا يخرج من المصر او على ان لا يسافر فالشرط
فاسد لانه يخالف مقتضى العقد لان العقد يقتضي انفكاك الحجر وانفتاح
طريق الاطلاق له الى اي بلد ومكان شا فيفسد الشرط لكن لا يفسد
عقد الكتابة لانه شرط لا يرجع الى صلب العقد ومثله من الشروط لا
يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه فلو ادت الالف في المسلة الاولى
عتقت في قول عامة العلما وقال بشر بن الغياث المريسي لا تعتق وجه
قوله ان المولى جعل العتق مشروطا بشيين الالف ووطيها والمعلق بشرطين لا ينزل
عند وجود احدهما كما اذا كاتبها على الف ورطل من خمر فادت الالف دون
الخمر ولنا ان الوطي لا يصلح عوضا في المكاتبة فلا يتعلق العتق به فالتحق
ذكره بالعدم بخلاف الخمر لانها تصلح عوضا في الجملة لكونها مالا معقودا في التسليم
فلم يلتحق بالعدم وتعلق العتق بادايها الا انها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة
بحكم عقد فاسد والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمون لانه يجب عليه رده
وهو عاجز عن رد عينه فيرد القيمة لقيامها مقام العين كذا ههنا وجب
عليها رد نفسها وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فترد القيمة وهي الف درهم
وقد وصل تمامه الى المولى فلا يكون لاحدهما بعد ذلك على صاحبه سبيل

كما لو باع رجل من اخر عبدا بالف درهم ورطل من خمر وقبض البايع الالف وسلم العبد
الى المشتري وهلك في يده لا يرجع احدهما على صاحبه لوصول ما يستحقه البايع
على المشتري اليه كذا هاهنا وان كانت قيمة الجارية اكثر من الف رجع المولى
عليها بما زاد على الالف لانها مضمونة بكمال قيمتها وما ادت اليه كمال قيمتها فيرجع
عليها وصار هذا كما اذا باع عبده من ذمي بالف ورطل من خمر وقبض الالف
وسلم العبد وهلك في يد المشتري وقيمته اكثر من الالف انه يرجع بما زاد
لما قلنا كذا هذا وان كانت قيمة الجارية المكاتبة اقل من الالف وادت الالف
وعتقت هل ترجع على المولى بما اخذ من الزيادة على قيمتها قال اصحابنا الثلاثة
ليس لها ان ترجع وقال زفر لها ان ترجع بالزيادة على المولى وجه قوله
ان المولى اخذ منها زيادة على ما يستحقه عليها وكانت الزيادة ماخوذة
بغير حق فيجب عليه ردها كما في البيع الفاسد اذا استهلك المشتري المبيع
انه ان كان قيمته اكثر من الثمن رجع البايع على المشتري بالزيادة وان كانت
قيمته اقل رجع المشتري على البايع بفضل الثمن كذا هاهنا ولنا انها لو
رجعت عليه لادى الى ابطال العتق لانها عتقت باداء المكاتبة فلو لم يسلم
المودى للمولى لا يسلم العتق للمكاتبة والعتق سالم لها فيسلم المودى للمولى
ولان عقد المكاتبة مشتمل على المعاوضة وعلى التعليق واعتبار جانب المعاوضة
يوجب لها حق الرجوع عليه بما زاد على القيمة واعتبار معنى التعليق لا يوجب
لها حق الرجوع كما لو قال لها ان اديت الي الفا فانت حرة فادت الفا وخمس مائة
وقيمتها الف عتقت ولا ترجع عليه بشي فيقع الشك في ثبوت حق الرجوع فلا
يثبت مع الشك وكذا لو كاتبها وهي حامل على الف درهم على ان كل ولد تلد
فهو للسيد فالمكاتبة فاسدة لانه شرط شرطا مخالفا لموجب العقد لان
موجبه ان يكون كل ولد يكون مكاتبا تبعا لها فكان هذا شرطا فاسدا وانه
داخل في صلب العقد لانه يرجع الى البدل فيوجب فساد العقد ولو ادت
الالف عتقت لما قلنا ثم اذا عتقت ينظر الى قيمتها والى المودى على ما قلنا وكذا
لو كاتب عبده على الف درهم وعلى ان يخدمه ولم يبين مقدار الخدمة فادى
الالف عتق لما قلنا ثم ينظر الى قيمته والى الالف على ما وصفنا ولو كاتبه على
الف منجمة على انه ان عجز عن نجم منها فمكاتبته الفا درهم لم تجز هذه المكاتبة
لتمكن الغرر في البدل فانه لا يدري انه يعجز او لا يعجز وتمكن الجهالة فيه
جهالة فاحشة فيفسد العقد ولنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة

على ان ما في بطنها من ولد فهو له وليس في المكاتبة او كاتب امته على الف درهم

وهذا

وهذا بخلاف ما لو كاتبه على الف يوديها الى غريمه فهو جايز وكذا اذا كاتبه
على الف يضمنها الرجل عن سيده فالمكاتبة والضمان جايزان بخلاف البيع اذا
باع عبدا بالف درهم يوديها الى فلان او على ان يضمنها المشتري عن البايع لفلان
ان البيع فاسد لان البيع يفسد بالشرط الفاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى
العقد والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم تكن داخلة في صلب العقد
كما اذا كاتبه على الف على ان لا يخرج من المصر او لا يسافر الا ان هناك شرط
الضمان باطل وهاهنا جايز لان ضمان المكاتب عن سيده وكفالته عنه بما عليه
مفيد جايز لان ذلك واجب عليه فلا يكون متبرعا في الضمان وضمان المكاتب
عن الاجنبي انما لا يصح لكونه تبرعا ولم يوجد وان كاتبه وان كاتبه على
الف درهم منجمة على ان يودي اليه مع كل نجم ثوبا وسمى نوعه جاز لانه
كاتبه على بدل معلوم حيث سمى نوع الثوب فصار الثوب مع الالف بدلا
وكل واحد منهما معلوم الا ترى ان كل واحد منهما لو انفرد في العقد جاز فكذا
اذا جمع بينهما وقد قال اصحابنا انه لو ذكر مثل ذلك في البيع جاز بان يقول
بعتك هذا العبد بالف درهم على ان تعطيني معه مائة دينار وتصير الالف
والمائة دينار ثمنا لما قلنا كذا هاهنا وكذلك لو قال على ان تعطيني مع كل نجم
عشرة دراهم وكذلك لو قال على ان تودي مع مكاتبتك الف درهم لان الكل
صار بدلا في العقد ولو كاتبه على الف درهم وهي قيمته على انه اذا ادى وعتق عليه
وعليه الف اخرى جاز وكان الامر على ما قال اذا ادى الالف عتق وعليه الف
اخرى بعد العتق لانه لو جعل الالفين جميعا بدل الكتابة جاز ولو جعلهما جميعا
بعد العتق لجاز كذا اذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده اعتبارا للجزء بالكل
وان كاتبه على الف درهم على نفسه وماله يعني على ان يكون المكاتب احق بنفسه
وماله فهو جايز وان كان للعبد الف او اكثر ولا يدخل بينه وبين عبده ربا كذا
ذكر في الاصل وفرق بينه وبين البيع اذا باع عبدا مع ماله بالف درهم ومال
العبد الف درهم انه لا يجوز البيع لان الالف يقابل الالف فيبقى العبد زيادة
في عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فتكون ربا ولا يتحقق الربا هاهنا لان الربا
لا يجري بين العبد وبين سيده هذا معنى ما اشار اليه في الاصل ثم مال العبد
العبد ما كان حاصلا بعد العقد بتجارته او بقبول الهبة والصدقة لان
ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى في يد العبد وقت
العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد ولا يدخل فيه الارش والعقر وان حصلا

تفسد م

بعد العقد ويكون للمولى لان ذلك لا ينسب الى العبد بخلاف بيع الدراهم بالدراهم
انه لا يجوز ويكون ربا لان مراد محمد رحمه الله من قوله انه لا يجري الربا
بين العبد وبين سيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة والكتابة وان كانت فيها
معنى المعاوضة فليست بمعاوضة مطلقة وجريان الربا يختص بالمعاوضة
المطلقة بخلاف بيع الدراهم بالدراهم لان ذلك معاوضة مطلقة لان المولى
كالاجنبي عن كسب المكاتب فهو الفرق وان اختلفا فقال المولى كان هذا قبل عقد
الكتابة وقال المكاتب كان بعد العقد فالقول قول المكاتب لان الشي في يده فكان
الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو قال العبد كاتبني على الف درهم على
ان اعطيها من مال فلان فكاتبه على ذلك جازت المكاتبة لان هذا شرط
فاسد والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم تكن داخلة في صلب العقد
ولو كاتبه على الف درهم على انه بالخيار او على ان العبد بالخيار يوما او يومين
او ثلاثة جاز لان دليل جواز المكاتبة لا تفصل ولان الحاجة قد تدعو الى
شرط الخيار في المكاتبة كما تدعو اليه في البيع وهو الحاجة الى التامل لان
الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس فجاز ان يثبت الخيار
كالبيع فان قيل ثبوت الخيار في البيع استحسان عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه
فالجواب ما ذكرنا ان عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشريطة
وهو ان يكون الحكم في موضع الاستحسان معقول المعنى ويكون مثل ذلك المعنى
موجودا في موضع القياس وقد وجدها هنا على ما ذكرنا ولا يجوز شرط
الخيار فيه اكثر من ثلاثة ايام في قول ابي حنيفة رحمه الله فان ابطل خياره في
الايام الثلاثة جاز كالبيع وان لم يبطل خياره حتى مضت ثلاثة ايام تقرر
الفساد كما في البيع وعندهما يجوز قلت المدة او كثرت بعد ان كانت معلومة
من شهر او نحو ذلك كما في البيع والله اعلم فصل واما بيان ما يملكه المكاتب
من التصرفات وما لا يملكه فله ان يبيع ويشتري لانه وجب عليه اداء بدل
الكتابة ولا يمكنه الاداء الا بالكسب والبيع والشرا اكتساب ولان المكاتب ماذون
في التجارة والبيع والشرا اكتساب ولان المكاتبة من باب التجارة وله ان يبيع بقليل
الثمن وكثيره وباي جنس كان وبالنقد والنسية في قول ابي حنيفة وعندهما لا يملك
البيع الا بما يتغابن الناس في مثله وبالدراهم والدنانير وبالنقد لا بالنسية كالوكيل
بالبيع المطلق وهي من مسايل كتاب الوكالة وله ان يبيع ويشتري من مولاه لان المكاتب
فيما يرجع الى مكاسبه ومنافعه كالحر وكان فيها بمنزلة الاجنبي فيجوز بيعه

من

من مولاه وشراوه منه كما يجوز ذلك من الاجنبي الا انه لا يجوز له ان يبيع ما اشترى
من مولاه مرابحة الا ان يبين وكذلك المولى فيما اشترا منه لان بيع المرابحة بيع
امانة فيجب صيانته عن الخيانة وشبهة الخيانة ما امكن وكسب المكاتب
مال المولى من وجه فيجب ان يبين حتى ترتفع الشبهة ولا يجوز له ان يبيع
من مولاه درهما بدرهمين لانه بعقد الكتابة صار احق بمكاسبه فصار
كالاجنبي في المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز للمولى ذلك لما بينا وله ان ياذن
لعبده في التجارة لان التجارة وسيلة الى الاكتساب والمكاتب ماذون في
الاكتساب فان لحقه دين بيع فيه الا ان يودي عنه المكاتب لان الاذن قد صح
فصح استدانته فيباع فيه كما في عبد الحر وله ان يحط شيا بعد البيع لعيب
ادعي عليه او يزيد في ثمن شي قد اشتراه لانه بالكتابة صار ماذونا في
التجارة وهذا من عمل التجارة وليس له ان يحط بعد البيع بغير عيب ولو
فعل لم يجز لانه من باب التبرع وهو لا يملكه وله ان يرد ما اشترى بالعيب اذا
لم يرض به سوا اشترى من اجنبي او من مولاه لانه اولى بكسبه من مولاه
كالعبد الماذون اذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المولى وللمولى
الشفعة فيما اشتراه المكاتب لان املاكهما متميزة ولهذا جاز بيع احدهما من
صاحبه فصارا كالاجنبيين وله ان ياذن لعبده في التجارة لانه من باب الاكتساب
ولا تجوز هبة المكاتب شيا من ماله ولا اعتاقه سوا عجز بعد ذلك او عتق
وترك وفاء لان هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع وحكي عن
ابن ابي ليلى انه قال عتقه وهبته موقوفان فان عتق يوما مضى ذلك
عليه وان رجع مملوكا بطل ذلك وجه قوله ان حال المكاتب موقوف بين
ان يعتق وبين ان يعجز فكذا حال عتقه وهبته والجواب ان العقد
عندنا انما يتوقف اذا كان له مجيز حال وقوعه وها هنا لا مجيز لعتقه
حال وقوعه فلا يتوقف واذا وهب هبة او تصدق ثم عتق ردت اليه الهبة
والصدقة حيث كانت لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف
وسوا كان الاعتاق بغير بدل او ببدل اما بغير بدل فلما قلنا واما ببدل
فلان الاعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب لان العتق فيه يثبت بنفس القبول
ويبقى البدل في ذمة المفلس ولا يملك التعليق كما لا يملك التنجيز حتى لو قال
له ان دخلت الدار فانت حر لا يصح وكذا اذا قال له اذا اديت الي الفا فانت حر
لان ذلك تعليق وليس بمكاتبة لما ذكرنا في كتاب العتاق ولو اشترى

المكاتب ذا رحم محرم منه لا يعتق لان شرا القريب اعتاق وهو لا يملك الاعتاق
ولو اشتري ذا رحم محرم منه من مولاه لا يعتق علي مولاه لان هذا كسب المكاتب
والمولي لو اعتق عبدا من اكسابه صريحا لا يعتق فالشرا اولي وللمكاتب
ان يكاتب عبدا من كسبه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه عقد يفضي
الي العتق فلا يجوز كما لو اعتقه علي مال وجه الاستحسان ان المكاتبة
نوع من اكتساب الاموال والمكاتب يملك اكتساب المال ولهذا ملك البيع
فكذا المكاتبة بخلاف الاعتاق علي مال فان ذلك ليس من باب اكتساب المال
الا تري ان الكسب بعد الاعتاق لا يكون له بل يكون للعبد وانما الثابت له
دين متعلق بذمة المفلس فكان ذلك اعتاقا بغير بدل من حيث المعني
وفي المكاتبة الكسب يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقا بغير بدل فافترقا
فان ادي الاعلي اولا عتق وثبت ولاوه من المولي لان العتق حصل منه
فاذا ادي الاسفل اولا يعتق ويثبت ولاوه من المولي ولا يثبت من
(هامش: بعد ذلك ثبت ولاوه من الاعلي لانه بالعتق صار من اهل ثبوت الولاء منه وان ادي الاسفل صح)
الاعلي لانه ليس من اهل ثبوت الولا منه فان اعتق بعد ذلك لا يرجع اليه
الولا لان ولا العتاقة متي ثبت لا يحتمل الانتقال بحاله وان اديا جميعا معا
ثبت ولاهما جميعا من المولي وليس للمكاتب ان يكاتب ولده وولد والديه
والاصل ان كل من لا يجوز له ان يبيعه لا يجوز له ان يكاتبه الام ولده لان
(هامش: أن م)
هولا يعتقون بعتقه فلا يجوز ان يسبق عتقهم عتقه ولانهم قد دخلوا في
كتابة المكاتب فلا يجوز ان يكاتبوا ثانيا بخلاف ام الولد ولا يملك التصدق
الا بشي يسير حتي لا يجوز له ان يهدي الاشيا قليلا من الماكول وله ان يدعوا
(هامش: أن يعطي فقيرا درهما ولا أن يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز له صح)
الي الطعام لان ذلك من عمل التجار وقد روي ان سلمان رضي الله عنه اهدي الي رسول
الله صلي الله عليه وسلم وكان مكاتبا وقبل ذلك منه وكذا روي ان رسول الله صلي
الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان ذلك وسيلة الي اداء بدل الكتابة
لانه يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك علي الاستدانة اليه فيتمكن من
اداء الكتابة ويملك الاجارة والاعارة والايداع لان الاجارة من التجارة ولهذا ملكها
(هامش: بدله)
والاعارة والايداع من عمل التجارة وضرورات التجارة ولا يجوز له ان يقرض
(هامش: المأذون بالتجارة م)
لان القرض تبرع ابتداء وقيل معني قوله لا يجوز اي لا يطيب للمستقرض
اكله لا انه لا يملكه المستقرض حتي انه لو تصرف فيه نفذ تصرفه لانه
تصرف في ملكه ويكون المستقرض مضمونا عليه وهذا كما قلنا في قرض
الاعيان انه لا يجوز ومعناه انه لا يطيب له اكله ويكون مضمونا عليه حتي لو كان

عبدا

عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه لانه اعتق ملك نفسه لكن اقرض المكاتب ولا
تجوز وصيته لانها تبرع ولا تجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس باذن
المولي ولا بغير اذنه لانها تبرع اما الكفالة بالنفس فلانها التزام تسليم
النفس من غير عوض والكفالة بالمال التزام تسليم المال من غير عوض
ان كانت بغير اذن المكفول عنه وان كانت باذنه فهي مبادلة في الانتها
(هامش: وان كانت صح)
فهي تبرع في الابتدا والمكاتب ليس من اهل التبرع وسوا اذن له المولي
فيها او لم ياذن لان المولي لا يملك كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع به
ويجوز له ان يتوكل بالشرا وان كان ذلك يوجب عليه ضمانا للبايع وهو
الثمن لان عند بعض مشايخنا ملك المبيع يثبت له اولا ثم ينتقل منه الي
الموكل فصار كالبيع منه وعند بعضهم وان كان لا يثبت له لكن الوكالة من
ضرورات التجارة فان ادي فعتق لزمته الكفالة لان الكفالة وقعت صحيحة
في حقه لانه اهل الا انه لا يطالب به في الحال لانه لم يصح في حق المولي فاذا
عتق فقد زال حق المولي فيطالب به كالعبد المحجور اذا كفل ثم عتق بخلاف
الصبي اذا كفل ثم بلغ لان الصبي ليس من اهل الكفالة لانه ليس له قول صحيح في
نفسه بخلاف العبد ويجوز كفالته عن سيده لان بدل الكتابة واجب
عليه فلم يكن متبرعا والادا اليه والي غيره سوا وهل يجوز له قبول الحوالة
فهذا علي وجهين ان كان عليه دين لانسان وعلي صاحب الدين دين لاخر
فاحاله علي المكاتب فهو جايز فانه ضمن مالا كان واجبا عليه فلم يكن متبرعا
(هامش: له)
ولا فرق بين ان يودي الي هذا او الي غيره فان كان لانسان علي اخر دين فاحا
له علي المكاتب وقبل الحوالة وليس عليه دين للذي احاله عليه لا يجوز لانه
تبرع وله ان يشارك اخر شركة عنان وليس له ان يشاركه شركة مفاوضة
لان مبني المفاوضة علي الكفالة وهو ليس من اهل الكفالة وشركة العنان
غير مبنية علي الكفالة بل علي الوكالة والمكاتب من اهل الوكالة ولو كاتب
الرجل عبدين له مكاتبة واحدة علي الف درهم علي ان كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فهذه المسالة علي ثلاثة اوجه اما ان كاتبهما علي مال ولم
(هامش: وجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه واما ان كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولكنه قال ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق واما ان كاتبهما على مال صح)
يجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولم يقل ايضا ان اديا عتقا وان عجزا
ردا في الرق اما اذا كاتبهما علي ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالقياس
ان لا تجوز هذه المكاتبة وفي الاستحسان تجوز اذا قلنا وجه القياس ان هذه
كتابة بشرط الكفالة وكفالة المكاتب عن غير المولي لا تصح ولانه كفالة ببدل

الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة وجه الاستحسان ان هذا ليس بكفالة
في الحقيقة بل هو تعليق العتق بالاداء والمولى يملك تعليق عتقهما باداء كل واحد
منهما ولو كفل هكذا كان جايزا كذلك هذا واما اذا كاتبهما على الف درهم على
انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فكذلك الجواب في قول علمائنا الثلاثة
وعند زفر كل واحد منهما مكاتب على حدة ووجه قوله ان كل واحد منهما تلزمه م فايهما ادى حصته يعتق صح
كتابة نفسه خاصة فلا تجب عليه كتابة غيره ما لم يشترط ولم يوجد
الشرط ولنا ان المولى علق عتقهما باداء الالف فما لم يوجد لا يقع العتق
كما اذا قال لعبديه ان دخلتما هذه الدار فانتما حران فدخل احدهما لا يعتق
ما لم يدخلا جميعا فكذلك هاهنا لا يعتق واحد منهما الا باداء الالف واذا
لم يعتق واحد منهما الا باداء الالف صار جميع الالف على كل واحد منهما فصار
كما اذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه ونظير هذا الاختلاف ما قال لو
في كتاب الطلاق والعتاق ان من قال لامراتيه ان شيتما فانتما طالقان
او قال لعبديه ان شيتما فانتما حران على قول زفر ايهما شا يعتق
وانصرفت مشية كل واحد منهما الى عتق نفسه وطلاق نفسها وفي قول
علمائنا الثلاثة ما لم توجد مشيتهما جميعا في طلاقهما وفي عتقهما جميعا
لا يعتق واحد منهما كذلك هاهنا واما الفصل الثالث وهو ما اذا كاتبهما على الف درهم
ولم يقل ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فايهما ادى حصته فانه يعتق
في قولهم جميعا لانه لم يعلق عتقهما باداء ايهما جميعا فانصرف نصيب
كل واحد منهما اليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتبا على حدة ثم اذا
كان كتابتهما كتابة واحدة فادى احدهما شيا منه كان له ان يرجع على
صاحبه بنصفه بخلاف ما اذا كان له دين على رجلين وكل واحد منهما
كفيل عن صاحبه فادى احدهما شيا انه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز
النصف فاذا جاوز النصف رجع على صاحبه بالزيادة ووجه الفرق
ان في مسالتنا هذه لو جعلنا اداه عن نفسه ادى ذلك الى تغيير شرط المولى
لانه يعتق وفي شرط المولى عتقهما جميعا فاذا كان الامر هكذا فكان اداوه
عن نفسه وصاحبه حتى لا يودي الى تغيير شرط المولى وهذا المعنى لم
يوجد في تلك المسالة فان اداه عن نفسه لا يودي الى تغيير شرط المولى
فكان اداوه عن نفسه الى النصف لان نصف الدين عليه فان مات احد
المكاتبين لا يسقط شي من الكتابة ويوخذ من الحي جميع الكتابة ولو اعتق

احدهما

احدهما سقطت حصته ووجه الفرق بينهما ان الميت من اهل ان يكون عليه
الكتابة الا ترى ان المكاتب اذا كان واحدا مات عن وفاء تودى كتابته
وكذا لو ترك ولدا توخذ منه كتابته واما المعتق فليس من اهل ان تجب عليه
الكتابة الا ترى ان المكاتب اذا كان واحدا فاعتقه المولى بطلت عنه
الكتابة فكذلك تسقط حصته والمولى بالخيار ان شا اخذ بحصته المكاتب م ههنا صح
وان شا اخذ المعتق بحق الكفالة فان اخذ المكاتب لا يرجع عليه لانه م وان اخذ المعتق لعله صح
ادى دين نفسه وادى رجع على المكاتب لانه كفيله ولا يجوز
للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي
عليه درهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن
مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه
ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد احدهما
بالنكاح ولا يزوج ابنه وابنته لان جواز الانكاح يعتمد الولاية ولا ولاية
له اذ هو عبد ولا يزوج عبده لما قلنا ويزوج امته ومكاتبته لان تزويجها من
باب الاكتساب وعقد الكتابة عقد اكتساب المال بخلاف تزوج العبد
لانه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتسابا ويجوز اقراره بالدين واستيفا يه
لان ذلك من ضرورات التجارة والمكاتبة اذن بالتجارة وكانت اذنا
بما هو من ضرورات التجارة ولا تجوز وصية المكاتب في ماله وان ترك وفاء
اما اذا لم يترك وفاء فلا شك فيه لانه مات عبدا فلا تجوز وصيته واما
اذا ترك وفا فلانا وان حكمنا بعتقه فانما حكمنا به قبل الموت بلا فصل
وتلك ساعة لطيفة لا تتسع للفظ الوصية ولو اوصى ثم ادى الكتابة
في حال حياته وعتق فان وصيته على ثلاثة اوجه في وجه لا تجوز
بالاجماع وفي وجه تجوز بالاجماع وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الذي
تجوز فيه بالاجماع فهو ان يقول اذا عتقت فثلث مالي وصية فادى ي
فعتق ثم مات صحت وصيته بالاجماع لانه اضاف الوصية الى حال
الحرية والحر من اهل الوصية واما الوجه الذي لا تجوز بالاجماع فهو
ان يوصي بعين ماله لرجل فادى فعتق ثم مات لا تجوز لانه ما اضاف
الوصية الى حال الحرية وانما اوصى بعين ملكه فيتعلق بملكه في ذلك الوقت
وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل التبرع فلا تجوز الا اذا اجاز
تلك الوصية بعد العتق فتجوز لان الوصية مما تجوز بلفظ الاجازة بدليل

ان رجلا لو قال لورثته اجزت لكم ان تعطوا ثلث مالي فلانا كان ذلك منه
وصية واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا اوصى بثلث ماله ثم ادى
وعتق ثم مات قال ابو حنيفة لا تجوز الوصية الا ان يجددها بعد العتق
لانها تعلقت بملك المكاتب وملكه لا يحتمل المعروف وقال ابو يوسف ومحمد
تجوز وهذا نظير ما ذكرنا في كتاب العتاق فانه اذا قال المكاتب كل مملوك
املكه اذا اعتقت فهو حر فعتق فملك مملوكا انه يعتق بالاجماع ولو لم يقل
اذا اعتقت لا يعتق بالاجماع ولو قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر
فعتق وملك مملوكا لا يعتق في قول ابي حنيفة وعندهما يعتق والحجج على نحو
ما ذكرنا في كتاب العتاق ويجوز للمكاتب قبول الصدقات لقوله تعالى
في اية الصدقات وفي الرقاب قيل في التفسير ان المراد به المكاتبون
ويحل للمولى ان ياخذ ذلك منه قضاء من المكاتبة ويحل له تناوله بعد العجز
وان كان المولى غنيا لان العين تختلف باختلاف اسباب الملك حكما وان كانت
عينا واحدة حقيقة والاصل فيه ما روي ان بريرة رضي الله عنها كانت يتصدق
عليها وكانت تهدي ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ياكل منه
ويقول هو لها صدقة ولنا هدية وكذلك الفقير اذا مات وترك ما اجتمع
من الصدقات ووارثه غني يحل له اكله لما قلنا ولو اوصى المكاتب الى رجل
اي جعله وصيا ثم مات فان مات من غير وفا بطل ايصاؤه لانه مات
عبدا والعبد ليس من اهل الايصا وان مات بعد ما ادى بدل الكتابة جاز
الايصا ويكون وصيه كوصي الحر لان الولاية انما تنتقل اليه عند الموت
وعند الموت كان حرا فتنتقل الولاية اليه فصار كوصي الحر وان مات عن وفا
ولم يود في حال حياته فان وصيه يكون وصيا على اولاده الذين دخلوا
في كتابته دون الاولاد الاحرار الذين ولدوا من امراة حرة ويكون اضعف
الاوصيا كوصي الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشرا
على رواية الزيادات وعلى رواية كتاب القسمة جعله كوصي الاب حيث
اجاز قسمته في العقارات والقسمة بمعنى البيع والله اعلم فصل
واما بيان ما يملك المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فيشتمل عليه حكم
الكتابة ونذكره في فصل الحكم ان شا الله تعالى فصل واما صفة
الكتابة فنوعان احدهما انها عقد لازم في جانب المولى اذا كان صحيحا حتى لا
يملك فسخه من غير رضى المكاتب اذا امتنع بنجم او بنجمين على الاختلاف غير لازم

في

في جانب المكاتب حتى ينفرد بفسخه من غير رضى المولى لانه عقد شرع نظرا للعبيد
وتمام نظرهم في ان لا يلزم في حقهم ويجوز رد المكاتب الى الرق وفسخ الكتابة دون قضا
القاضي عند عامة العلما وقال ابن ابي ليلى لا يجوز رده الا عند القاضي لان العقد
قد صح فلا ينفسخ الا بقضا القاضي ولنا ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
انه اجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافه واليه اشار في الاصل فقال بلغنا ذلك
عن ابن عمر ولان المكاتب قد يثبت له الخيار في عقد الكتابة لان له ان يعجز نفسه
ومن له الخيار في العقد اذا فسخ العقد يصح فسخه بدون القاضي كالبيع بشرط
الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين حتى ينفرد واحد منهما بالفسخ
من غير رضى الاخر لان العقد الفاسد واجب النقض والفسخ حقا للشرع رفعا
للفساد كالبيع الفاسد وغيره والثاني انها متجزية في قول ابي حنيفة وعندهما
غير متجزية لانها عقد يفضي الى العتق والعتق متجز عنده وعندهما لا يتجزى لذا
المكاتبة وعلى هذا يخرج ما اذا كاتب رجل نصف عبده انها جازت الكتابة في
النصف وصار نصفه مكاتبا عند ابي حنيفة لان المكاتبة متجزية عنده فصح
في ذلك النصف لا غير وصار في النصف الاخر ماذونا في التجارة لان الكتابة تقتضي
ادا وجوب بدل الكتابة ولا يمكنه الادا الا بالاذن والاذن لا يتجزى فصار
الاذن في قدر الكتابة اذنا في الكل فصار ماذونا في الكل ونصفه مكاتب فان
ادى عتق نصفه وصار النصف الاخر مستسعى فان شا اعتق وان شا استسعى
غير مشقوق عليه بمنزلة رجل اعتق نصف عبده فان اكتسب العبد مالا قبل الادا
فنصفه له ونصفه للمولى في قول ابي حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق
وفي قولهما الكسب كله للمكاتب لان كله صار مكاتبا وما اكتسب بعد الادا فكله
للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شي اما على قولهما فلا يشكل لانه حر عليه دين
واما على قول ابي حنيفة فلان المستسعى كالمكاتب وكسب المكاتب له واذا كاتب
نصف عبده ثم اراد ان يحول بينه وبين الكسب لم يكن له ذلك لانه لما كاتب
نصفه فقد اذن له بالاكتساب لانه لا يتوصل الى ادا بدل الكتابة الا بالكسب
فلم يملك الحجر عليه ولا فسخ الا برضاه بخلاف العبد الماذون له انه يملك منعه
وحجره عن الاكتساب لانه انما صار ماذونا بالقول فيصير محجورا عليه بحجره والاذن
ها هنا لا بالقول بل بمقتضى الكتابة فلا يصير محجورا الا بفسخ الكتابة فان اراد
ان يخرج من المصر فله ان يمنعه في القياس ولكني استحسن ان لا يمنعه وكذلك
ان اراد ان يستخدمه للكسب له ذلك في القياس ولكنا نستحسن ان لا يتعرض له في شي من

ذلك حتى يودي او يعجز كذا ذكر في الاصل وجه القياس ان نصفه رقيق لم يزل يده
عنه فله ان يمنعه عن الخروج من المصر لاجل النصف فيقول له ان كان نصفك
مكاتبا فالنصف الاخر غير مكاتب فلي المنع وكان له ان يمسكه ويستخدمه يوما
كالعبد المشترك وجه الاستحسان انه بعقد الكتابة صار ماذونا بالاكتساب
وذلك بالخروج الى الامصار فلا يجوز منعه وان يحول بينه وبين الاكتساب بالاستخدام
ولا يمكنه ان يخرج بالنصف دون النصف او يستخدم النصف دون النصف فاما
ان يجعل النصف الذي هو مكاتب تبعا للنصف الذي ليس بمكاتب وهذا الثاني اولى
لان الحرية والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية الرق وفي الكتابة شعبة من العتق
لانها تنعقد للعتق في المستقبل وهي سبب من اسبابه واذا كاتب نصف عبده
واراد ان يبيع الباقي فان باعه من غير العبد لا يجوز لان حق الحرية تعلق
بالرقبة فلا يجوز بيعه من غيره كما لو اعتق نصفه او دبر نصفه ثم باعه انه لا يجوز
كذا هذا ولان المكاتب له ان يكتسب ويخرج من المصر بغير اذن المولى فصار كانه
باعه بشرط ان لا يسلم الى المشتري ولو فعل هكذا كان البيع فاسدا كذلك هذا
ولو باع نصف نفسه من العبد يجوز لان بيع العبد من نفسه ليس ببيع في الحقيقة
بل هو اعتاق بمال بدليل انه لا يثبت منه ولا ... بدليل انه لو باع نصف المدبر من
المدبر يجوز ولو كان بيعا لما جاز واذا اعتق نصفه فالعبد بالخيار ان شاء ادى
الكتابة وان شاء عجز وسعى في نصف قيمته لانه توجه اليه وجها عتق في ذلك
النصف عتق باداء الكتابة وعتق بالسعاية فله ان يميل الى اي الوجهين شاء
عبد بين رجلين كاتبه احدهما فالامر لا يخلو اما ان كاتب نصفه او
كله وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون باذن شريكه او بغير اذنه واذا اذن فلا يخلو اما
ان اذن له بقبض بدل الكتابة او لم ياذن فان كاتب نصفه بغير اذن شريكه
صار نصيبه مكاتبا لكن لشريكه ان ينقض المكاتبة لانه يتضرر به في الحال
وفي ثاني الحال لانه لا يجوز له بيعه في الحال لان نصفه مكاتب وفي الثاني يصير
مستسعا فكان له حق الفسخ والكتابة تحتمل الفسخ لان الشريك الذي كاتب
تصرف في ملك نفسه فلا يفسخ تصرفه الا بقضاء القاضي او برضى العبد
فان لم يعلم الشريك حتى ادى عتق نصفه لان الكتابة نفذت في نصيبه فاذا
وجد شرط العتق عتق ثم الذي لم يكاتب له ان يرجع على الشريك فيقبض منه
نصف ما اخذ لان ما اخذ كان كسب عبد بينهما فكان له ان يشاركه في الماخوذ
ثم الذي كاتب له ان يرجع على العبد الى تمام البدل وما يكون من الكسب في يد العبد

م او يجعل النصف الذي هو غير مكاتب تبعا للنصف الذي هو مكاتب صح

نسخ

م ولا يفسخ فسخه الا بقضاء القاضي صح

له نصفه بالكتابة ونصفه لشريكه الذي لم يكاتب هذا في الكسب الذي اكتسبه
قبل الاداء واما ما اكتسبه بعد الاداء فهو له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعا
والمستسعا احق بمنافعه ومكاسبه من السيد ثم ان اختلف العبد والمولى
فقال العبد هذا الكسب اكتسبته بعد الاداء وقال المولى لا بل اكتسبته قبل
الاداء فالقول قول العبد لان الكسب شيء حادث فيحال حدوثه الى اقرب الاوقات
وصار الحكم كعبد بين اثنين اعتق احدهما فان كان موسرا فللشريك ثلاث
خيارات وان كان معسرا فخياران هذا اذا كان بغير اذن الشريك فاما اذا كان باذنه فان كان
لم ياذن له بقبض الكتابة فهذا والاول سواء الا في فصلين احدهما انه لا يكون
له حق الفسخ هاهنا لوجود الرضا والثاني انه ليس له ان يضمنه نصف القيمة
بعد ما عتق لانه رضي بالعتاق حيث اذن له في الكتابة وان كان اذن له بقبض
بدل الكتابة فهذا والاول سواء الا في ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما
والثالث ان ما قبض ليس له ان يشاركه هذا اذا كاتب النصف فاما اذا
كاتب الكل فهذا والاول سواء الا في فصل واحد وهو انه اذا اخذ الشريك
منه نصف ما قبض من المكاتبة لا يرجع بذلك على المكاتب كان بغير اذن
الشريك فاما اذا كان باذنه واجاز قبل ان يودي صار مكاتبا بينهما فلا
يعتق جميعه الا باداء الالف اليهما جميعا فان ادى اليهما معا عتق وان ادى
الى احدهما اولا لا يعتق لان المكاتبة وقعت صفقة واحدة هذا اذا لم ياذن
له بقبض الكتابة فان اذن له بقبض الكتابة فان ادى اليهما عتق كله وان
ادى جميعه الى الذي كاتب عتق كله ولا ياخذ الشريك منه نصف ما قبض
ولا يرجع هو على العبد بما قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب
ونصفه للذي لم يكاتب والولاء كله للذي كاتب ويضمن حصة شريكه ان كان
موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا وان اجاز شريكه صار مكاتبا بينهما فان ادى
اليهما معا عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وان ادى الى احدهما لا يعتق
حتى يصل نصفه الى الاخر الا اذا اذن لشريكه بقبض الكتابة فان ادى
كله الى المامور يعتق وان ادى كله الى الامر لا يعتق حتى يصل نصفه الى المامور
ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفراد بان كاتب
احدهما نصيبه على الف درهم ثم كاتب الاخر نصيبه على مائة دينار صار
نصيب كل واحد منهما مكاتبا له فاذا ادى اليهما معا عتق وان ادى الى احدهما
نصيبه عتق نصيبه ولا يشاركه الاخر فيما قبض لانه لما كاتبه صار راضيا

م بعد المقدم

باذنه فان كان صح

فهذا اداء

بكتابته وللمكاتب ان يقضي عن بما دون غرمه ونصيب الاخر مكاتب على حاله فاذا
ادى نصيب الاخر عتق والولاء بينهما وان لم يود نصيب الاخر ولكنه عجز
صار كعبد بين اثنين اعتقه احدهما والجواب فيه معروف
وكذلك لو كاتب كل واحد جميع العبد صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا
له بالبدل الذي سمى فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق والحكم فيه ما ذكرنا
ان لو كاتب كل واحد منهما نصيبه وهذا قول ابي حنيفة واما على قولهما
فكتابة البعض وكتابة الكل سوا فان ادى اليهما عتق والولاء بينهما وان ادى الى
احدهما اولا عتق كله من المودى اليه وثبت الولاء منه ويضمن ان كان موسرا
ويسعى العبد ان كان معسرا الا ان على قول محمد يضمن او يسعى العبد في
نصف القيمة او في كتابة الاخر في الاقل منهما وقال ابو يوسف بطلت
كتابة الاخر وانما يضمن او يسعى في نصف قيمته لا غير ولو كان عبد
بين اثنين فكاتباه جميعا مكاتبة واحدة فان ادى الى احدهما حصته لم



يعتق حصته منه ما لم يود جميع المكاتبة اليهما لانهما جعلا شرط عتقه
ادا جميع المكاتبة فلا يعتق الا بوجود الشرط بخلاف ما اذا كان لكل
واحد منهما عبد فكاتباهما جميعا مكاتبة واحدة ان كل واحد منهما يكون
مكاتبا على حدة حتى لو ادى حصته تعتق لان هاهنا لو جعل كل نصف مكاتبا
على حدة لادى الى تغيير شرطهما لان شرطهما ان يعتق باداء الكل فلا
يعتق احدهما الا باداء جميع الكتابة حتى لا يودي الى تغيير الشرط وهذا
المعنى لم يوجد هناك لان عتق احدهما لا يوثر في الاخر وكان الشرط فيه لغوا
مكاتب بين رجلين اعتقه احدهما قال ابو حنيفة لا ضمان عليه في
ذلك لشريكه موسرا كان او معسرا لان نصيب الاخر مكاتب على حاله لكون
العتق متجزيا عنده فان ادى عتق والولاء بينهما لوجود الاعتاق منهما وان عجز
صار كعبد بين رجلين اعتقه احدهما والحكم فيه ما ذكرنا في كتاب العتاق
وعلى قولهما عتق كله لان الاعتاق لا يتجزى عندهما والولاء له لان الاعتاق منه
الا ان على قول ابي يوسف صار حكمه حكم عبد بين اثنين اعتقه احدهما وعلى
قول محمد ان كان المعتق موسرا ينظر الى قيمة نصيب شريكه والى باقي الكتابة
فايهما كان اقل ضمن ذلك وان كان معسرا سعى العبد في الاقل فان لم يعتقه
احدهما ولكن دبره صار نصيبه مدبرا ويكون مكاتبا على حاله لان التدبير لا
ينافي الكتابة فان ادى الكل عتق والولاء بينهما وان عجز صار كعبد بين اثنين

دبره احدهما صار نصيبه مدبرا ولشريكه خمس خيارات ان كان موسرا وان كان
معسرا فاربع خيارات وهذا قول ابي حنيفة وفي قولهما صار كله مدبرا لان
التدبير لا يتجزى فبطلت الكتابة ويضمن لشريكه نصف القيمة موسرا كان
او معسرا في قول ابي يوسف وعلى قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف
القيمة ومن جميع ما بقي من الكتابة ولو لم يدبره ولكن كانت جارية فجات
بولد فادعاه احدهما يثبت نسب الولد منه وصار نصيبه ام ولد له اما
ثبوت النسب فلا اختلاف فيه لان المولى اذا ادعى نسب ولد مكاتبته ثبت
النسب لان له فيه تاويل الملك ثم المكاتبة بالخيار ان شات مضت على الكتابة
وان شات عجزت نفسها لانه قد ثبت لها حق الحرية من جهتين فلها
ان تختار ايهما شات ولا تصير كلها ام ولد له لان الاستيلاد عنده يتجزى
فيما يمكن نقل الملك فيه فاذا مضت على الكتابة اخذت منه عقرها
واستعانت به على ادا بدل الكتابة وان عجزت نفسها فردت الى الرق
فانها تصير ام ولد للمستولد لان المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال ويضمن للشريك
نصف قيمتها مكاتبة ونصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد شيا وهذا قول
ابي حنيفة وعلى قولهما صارت الجارية كلها ام ولد له لان الاستيلاد عندهما لا
يتجزى فيما يمكن نقل الملك فيه فان مضت وبطلت الكتابة فيغرم للشريك
نصف القيمة ونصف العقر موسرا كان او معسرا وعلى قياس محمد وجب
ان يضمن الاقل من نصف القيمة ومن كتابة شريكه عبد كافر بين مسلم وذمي
فكاتب الذمي نصيبه باذن شريكه على خمر جازت الكتابة في قول ابي حنيفة
ولا تجوز في قول ابي يوسف ومحمد ولا شركة للمسلمين فيما اخذ النصراني
منه من الخمر بنا على ان الكتابة متجزية عند ابي حنيفة كالعتق فلما كاتب
الذمي نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت الكتابة على نصيب نفسه خاصة
والذمي اذا كاتب نصيبه على خمر جاز كما لو باع نصيبه بخمر واما عندهما
فالمكاتبة فاسدة لان اصلهما ان العقد انعقد لهما حيث كانت باذن شريكه
فلما بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمي لانها كتابة واحدة فاذا بطل
بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما اخذ النصراني منه من الخمر لان المسلم
ممنوع من قبض الخمر وان كاتباه جميعا على خمر مكاتبة واحدة لم تجز في
نصيب واحد منهما اما في نصيب المسلم فلا يشكل واما في نصيب الذمي فلان
المكاتبة واحدة فاذا بطل بعضها بطل الكل ولو ادى اليهما عتق وعليه قيمته

للمسلم وللذمي بضف الخمر وانما عتق بالاداليهما لان الكتابة فاسدة وهذا
حكم الكتابة الفاسدة انه اذا ادي يعتق كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر فادي
الا انه يسعي في نصف قيمته للمسلم ولا يسعي في نصيب الذمي لان الذمي قد
سلم له شرطه لان الخمر مال متقوم في حقه وليس بمال متقوم في حق المسلم
فيسعي في نصف قيمته له والله اعلم اخر الجزء الرابع

من كتاب البدايع

يتلوه في الجزء الخامس

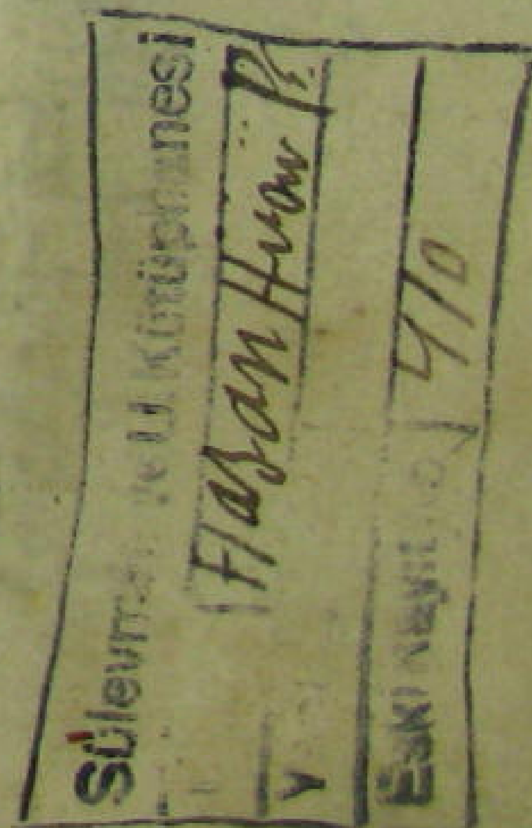
فصل

واما حكم المكاتبة

وبيانه

فيه

بيان ما يملكه المولي من التصرف في المكاتب وما لا يملكه ان شا الله تعالي



Süleymaniye U. Kütüphanesi
Hasan Hüsnü P.
Eski kayıt no 770